Die Unmoglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht.

Von

Dr. jur. Heinrich Titze
Privatdozent in Göttingen.



Leipzig 1900.
Verlag von Adolf Titze.

Meinem hochverehrten Lehrer,

Herrn

Geheimen Hofrat Professor Dr. Strohal

ehrerbietigst zugeeignet.

VORWORT.

Dass im Folgenden die Unmöglichkeit der Leistung zum Gegenstand einer monographischen Bearbeitung gemacht worden ist, bedarf angesichts der praktischen Bedeutung des Themas und des Umstands, dass die Lehre eine umfassende Darstellung vom Boden des B. G. B. aus noch gar nicht und in der gemeinrechtlichen Litteratur auch nur ein einziges Mal vor nahezu fünf Dezennien erfahren hat*, wohl kaum einer besonderen Rechtfertigung. Es kann sich also, wenn dem Buche eine kurze Bemerkung vorausgeschickt werden soll, nicht um das „Warum", sondern nur um das „Wie" der Bearbeitung handeln. Und in dieser Beziehung mag zweierlei hervorgehoben sein:

Erstens: dargestellt ist grundsätzlich nur das Recht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Zwar versteht es sich von selbst, dass eine Materie, wie die Unmöglichkeit der Leistung, in der das Gesetzbuch sich so eng an die voraufgegangenen Rechtssysteme, insbesondere so eng an das gemeine Recht angeschlossen hat, auch vom Boden des B. G. B. aus nur behandelt werden kann auf Grund eingehenden Studiums der Litteratur dieser, nunmehr außer Kraft getretenen, Rechte. Daraus folgt aber noch nicht die Notwendigkeit der Berücksichtigung dieser Rechte in der Darstellung selbst. Vielmehr war hier die Beschränkung des Stoffes auf eine einzige Rechtsquelle im Interesse der Übersichtlichkeit der Abhandlung dringend geboten. Die Bestimmungen des Gesetzbuchs, um

* Vgl. unten § 1 der Abhandlung Anm. 1.

die es sich im Nachstehenden handelt, sind zum Teil so komplizierte und bieten der systematischen Schwierigkeiten so viele, dass eine fortwährend nebenherlaufende Betrachtung anderer Rechtsordnungen bloß störend und verwirrend auf die Darstellung gewirkt hätte. Es ist darum nur da, wo es aus besonderen Gründen angezeigt erschien, auf frühere Rechtsquellen verwiesen worden. — Die Litteratur des B. G. B. selbst und seiner Entwürfe ist natürlich in ausgedehntem Maße herangezogen worden. Dass dabei irgend welche Vollständigkeit erzielt worden ist, soll nicht behauptet werden. Solche dürfte bei der litterarischen Überproduktion, die wir in den letzten Jahren auf civilistischem Gebiet erlebt haben, kaum möglich, übrigens auch kaum gewinnbringend sein. Doch hofft der Verfasser, dass von der bis zu Beginn dieses Jahres vorliegenden Litteratur nichts Wesentliches außer acht gelassen worden ist. Das in diesem Jahre Erschienene konnte nur noch hie und da bei der Ausarbeitung des Manuskripts bezw. bei der Drucklegung des Buches berücksichtigt werden.

Der zweite hier zu berührende Punkt betrifft die gegenständliche Abgrenzung des Stoffes. Die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung steht im engen Zusammenhang mit einigen wichtigen allgemeinen Fragen des Obligationenrechts, die aber nicht ihr allein angehören: so z. B. mit der Lehre vom Verzug, von der Verschuldung und vom Schadensersatz. Für die letzteren beiden Materien insbesondere machen die Fälle der Unmöglichkeit der Leistung eines der wichtigsten Anwendungsgebiete aus. Es war darum nicht angängig, diese Materien, etwa mit dem Hinweis darauf, dass jede von ihnen einer abgesonderten Behandlung bedarf, gänzlich von der Darstellung auszuschließen. Andrerseits war es aber auch nicht möglich, im Rahmen einer Abhandlung, die nur eine einzelne Lehre aus dem Obligationenrecht zum Gegenstand hat, Fragen von allgemeiner, über die betreffende Lehre hinausragender, Bedeutung ausführlich zu erörtern. Der hier einzuschlagende Mittelweg musste notwendigerweise dahin führen, dass sich an manchen Stellen der Arbeit Andeutungen finden, die der Ausführung, Behauptungen, die der Begründung entbehren. Dieser Übelstand macht sich besonders empfindlich noch in anderer Beziehung geltend. Das Gesetzbuch hat nämlich die Unmöglichkeit der Leistung in der Weise geregelt,

dass es zunächst gewisse *allgemeine* Grundsätze aufgestellt, sodann bei einzelnen Schuldverhältnissen *Sonder*-bestimmungen erlassen hat, welche die allgemeinen Sätze zum Teil ergänzen, zum Teil auch abändern. Und bezüglich dieser Sonderbestimmungen, mit denen sich das vierte Kapitel dieses Buches beschäftigt, ergab sich für den Verfasser eine ähnliche Zwangslage, wie die soeben geschilderte: sie konnten nicht vollständig bei Seite gelassen werden, denn ohne sie wäre das Bild der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung lückenhaft geblieben. Auf der anderen Seite gehen sie (wie beispielsweise die hier in Betracht kommenden Rechtssätze von der Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel) wiederum in ihrer Bedeutung weit über das behandelte Thema hinaus; zum Teil sind auch die Fragen, die sich an sie knüpfen, derartig, dass sie sich nur im Zusammenhang einer monographischen Bearbeitung des betreffenden Schuldverhältnisses, dem sie gerade angehören, nutzbringend behandeln lassen. Es konnte also auch hier in gewissem Sinne nur Skizzenhaftes geboten werden. Für die Abgrenzung des Stoffes im einzelnen ist die Übersichtlichkeit der Darstellung allein ausschlaggebend gewesen. Gerade weil das Gesetzbuch unserer Materie eine so komplizierte Regelung hat zu teil werden lassen, glaubte der Verfasser die größte Sorgfalt darauf verwenden zu müssen, die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung recht durchsichtig zu gestalten. Freilich waren ihm dabei durch das positive Recht die Hände so stark gebunden, dass der Erfolg wahrscheinlich weit hinter dem guten Willen zurückgeblieben sein wird.

Leipzig, Pfingsten 1900.

Heinrich Titze.

NOTIZ.

Nur mit dem Namen der Verfasser sind citiert:

1. Das Pandektenlehrbuch von WINDSCHEID (7. Aufl.).
2. Die Lehrbücher des bürgerlichen Rechts von ENDEMANN (5. Aufl.), COSACK und MATTHIASS (2. Aufl.).
3. Der Kommentar zum B. G. B. von PLANCK (2. Aufl. — Bei den von PLANCK nicht selbst bearbeiteten Teilen des Werkes sind die betreffenden Mitarbeiter namhaft gemacht).
4. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens von DERNBURG (Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Zweiter Band 1. Abteilung. Halle 1899)*.
5. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren von STAMMLER (Heft 5 der Guttentag'schen Sammlung von Einzeldarstellungen. Berlin 1897).
6. Die Darstellung des Rechts der Schuldverhältnisse von ENNECCERUS (enthalten im 1. Bande der von ENNECCERUS in Gemeinschaft mit LEHMANN herausgegebenen Einführung in das Recht des B. G. B. Marburg 1900).
7. „SCHOLLMEYER, Kommentar" verweist auf den zweiten (noch unvollendeten) Band des bei Beck in München erschienenen, von Hölder, Schollmeyer, Fischer und Anderen herausgegebenen, Kommentars zum B. G. B.; „SCHOLLMEYER, Einzeldarstellung" auf dessen Recht der einzelnen Schuldverhältnisse (Heft 4 der vorhin genannten Guttentag'schen Sammlung).
8. „OERTMANN, Kommentar" verweist auf den 2. Band des bei Heymann in Berlin erschienenen, von Biermann, Oertmann, Frommhold, Gareis und Anderen herausgegebenen, Kommentars zum B. G. B.
9. „MAYRING, Kommentar" verweist auf den zweiten (noch unvollendeten) Band des bei Schweitzer in München erschienenen, von Staudinger in Verbindung mit Löwenfeld, Mayring, Kober, Engelmann und Anderen herausgegebenen, Kommentars zum B. G. B.
10. Von sonstigen Kommentaren bezw. Handausgaben des B. G. B. sind hie und da in abgekürzter Form citiert: die Ausgaben von MEISNER (Das B. G. B. f. d. Deutsche Reich; 2. Buch: Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898); NEUMANN (Handausgabe des B. G. B. 1. Aufl. Berlin 1899); KUHLENBECK (das B. G. B. f. d. deutsche Reich, 1. Bd. Berlin 1899); FISCHER-HENLE (Handausgabe des B. G. B. u. s. w. 3. Aufl. München 1899).
11. „MOMMSEN, Beiträge" ist die Abkürzung für: FRIEDRICH MOMMSEN, Beiträge zum Obligationenrecht. 3 Abteilungen. Braunschweig 1853 bis 1855. (Die erste Abteilung enthält die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung.)
12. „HARTMANN a. a. O." bedeutet: GUSTAV HARTMANN, Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.
13. Die MOTIVE zum ersten Entwurf des B. G. B. und die PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung sind in der GUTTENTAG'schen Ausgabe benutzt.

* Das Pandektenlehrbuch Dernburgs ist unter vollem Titel u. z. in 4. Aufl. citiert.

INHALT.

1. Kapitel.

Begriff und Arten der unmöglichen Leistung.

1. Der Begriff der unmöglichen Leistung.

§ 1.

I. Der Begriff der Unmöglichkeit. — II. Unmöglichkeit der Leistung und Gattungsschuld. — III. Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug. — IV. Prozessuale Bedeutung des Begriffs „unmögliche Leistung“.

I.

Kraft des Schuldverhältnisses ist der Schuldner, wie sich aus § 241 des B. G. B. ergiebt, dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet. Wären die Schuldner allmächtige Wesen, so könnte dieser Leistungspflicht gegenüber nur die Frage aufgeworfen werden: welche Folgen treten ein, wenn der Schuldner ihr nicht nachkommen will? Da aber die Macht der Menschen von Natur aus an gewisse Schranken gebunden ist, so erhebt sich bezüglich der Leistungspflicht noch die weitere und beinahe wichtigere Frage: was wird aus ihr, wenn der Schuldner ihr nicht nachkommen kann? Und diese Frage ist es, welche im Folgenden auf Grund des B. G. B. beantwortet werden soll. Die nachstehende Abhandlung will also untersuchen, welchen Einfluss auf das Schuldverhältnis nach den Rechtssätzen des B. G. B. der Umstand ausübt, dass dem Schuldner die Bewirkung der Leistung unmöglich ist[1]. Soll

[1] Bisher ist die Frage in diesem weiten Umfang nur ein einziges Mal und nur für das Gebiet des früheren gemeinen Rechtes zum Gegenstand einer monographischen Bearbeitung gemacht worden: von Friedrich Mommsen im ersten Bande seiner „Beiträge zum Obligationenrecht“ unter dem Titel: „Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obli-

aber die Unmöglichkeit der Leistung das Thema der folgenden Darstellung sein, so ist es zunächst erforderlich, den Rechtsbegriff der Unmöglichkeit genauer zu präcisieren.

Rein logisch betrachtet ist das Unmögliche das Gegenteil des Notwendigen: d. h. im Sinne der Logik ist dasjenige und nur dasjenige unmöglich, von dem wir auf Grund der uns innewohnenden Kenntnisse und Erfahrungen aussagen müssen: es wird notwendig nicht geschehen; oder, wie wir uns in solchen Fällen auszudrücken pflegen: es kann unter keinen Umständen geschehen[2]. Der philosophische und der juristische Begriff der Unmöglichkeit decken sich nun insofern, als das logisch Unmögliche natürlich auch juristisch niemals möglich ist; sie weichen aber dadurch von einander ab, dass nicht alles, was logisch möglich ist, auch juristisch als möglich erscheint. Der juristische Begriff der Unmöglichkeit ist also der weitere. Es gehören nämlich zu den unmöglichen Leistungen im Rechtssinn nicht nur diejenigen Leistungen, deren Bewirkung gänzlich ausgeschlossen ist, sondern es fallen darunter auch solche, die an sich zwar prästiert werden können, deren Bewirkung aber ein solches Übermaß an Opfern erfordert, dass sie dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden darf. Das ergiebt sich aus § 242 des B. G. B., welcher bestimmt: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die

gatorische Verhältnisse“. Braunschweig 1853. Beachte auch die „Berichtigungen und Zusätze“ desselben Schriftstellers im dritten Bande der „Beiträge“ S. 407 ff; ferner die Rezension von Windscheid in der Heidelberger Kritischen Zeitschrift II S. 106—145 und die Besprechung von Brinz in der Kritischen Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft V S. 278 ff. Eine Erörterung einzelner hier in Betracht kommender Gesichtspunkte, aber keine erschöpfende Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage findet sich in dem zweiten Abschnitt des bekannten Hartmann'schen Buches über „Die Obligation“ (Erlangen 1875), der überschrieben ist: „Vom Bau der Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Lehre vom Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung“; a. a. O. S. 117—272; (dazu Scheurl in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 18 S. 501 ff; und Pernice in Goldschmidts Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht Bd. 21 S. 318 ff).

[2] In diesem Sinne sagt Hartmann a. a. O. S. 172 ganz richtig: Unmöglichkeit ist „Nichts als negative Notwendigkeit; Notwendigkeit des Nicht-Geschehens“.

Verkehrssitte es erfordern". Denn wie hier dem Schuldner einerseits auferlegt wird, alles das zu thun, was die bona fides des Verkehrs von ihm verlangt, so wird er andrerseits durch diesen Paragraphen auch davor geschützt, dass Anforderungen an ihn gestellt werden, die er billigerweise nicht erfüllen kann[3]. So wird man z. B. sagen müssen, dass es für den Mieter eine unmögliche Leistung ist, nach Ablauf der Mietszeit die innegehabte Wohnung zu räumen, wenn er selbst oder ein Mitglied seiner Familie so schwer krank darniederliegt, dass ein Transport nur unter erheblicher Leibes- oder Lebensgefahr erfolgen kann. Unmöglich würde es ferner für einen Sänger sein, einen eingegangenen Gastspielvertrag zu erfüllen, wenn er an dem Abend, wo er auftreten soll, an das Totenbett seiner Mutter gerufen wird, oder zum Begräbnis seines Vaters reisen muss. Hier macht die mit der Rechtspflicht kollidierende sittliche Pflicht bez. das übermäßige Opfer, welches die Kindesliebe bringen müsste, die an sich mögliche Leistung zur juristisch unmöglichen. Ebenso werden auch bei einer Kollision von Elternliebe und Schuldverpflichtungen die letzteren der ersteren nachzustehen haben. So kann sich unter Umständen ein aus einem Dienstvertrag Verpflichteter darauf berufen, dass es ihm nicht möglich sei, seiner Verbindlichkeit nachzukommen, weil er sein erkranktes Kind nicht allein lassen könne; oder eine Mutter sich damit entschuldigen, dass sie ihr Kind selbst stillen müsse[4]. Und nicht selten wird sich der Staat als Subjekt des Privatrechts zu der Erklärung

[3] Dass § 242 wie zu Lasten, so auch zu Gunsten des Schuldners Anwendung zu finden hat, wird in der Litteratur fast allgemein anerkannt. Vgl. u. a. Dernburg a. a. O. S. 24; Stammler a. a O. S. 43 ff; Oertmann in seinem Kommentar S. 5 u. 6; Endemann I S. 422; Cosack I S. 339 Anm. 4. Dass das B. G. B. die übermässig schwierige Leistung der unmöglichen gleichstellt, geht auch aus den §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2 Satz 2 und 948 Abs. 2 hervor. — Windscheid hat zwar nicht für die unmöglichen Leistungen, aber für die unmöglichen Bedingungen den Satz aufgestellt (I § 94 zu Anm. 6), dass den unmöglichen die von Savigny als „unerschwinglich" bezeichneten Bedingungen gleichzuachten seien, „deren Erfüllung zwar an und für sich möglich, aber mit ausserordentlichen, unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht zu überwindenden Schwierigkeiten verbunden ist".

[4] Vgl. den Rechtsfall in Wenglers Archiv für civilrechtliche Entscheidungen N. F. Bd. 9 S. 217.

gezwungen sehen, eine an sich mögliche Leistung sei für ihn zur unmöglichen geworden, weil er sie nur unter Hintansetzung des von ihm in erster Linie zu vertretenden Allgemeinwohls zu bewirken vermag. Dies würde beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Eisenbahnfiskus, wie es vorgekommen ist, einer Kommune gegenüber die Verpflichtung übernommen hätte, täglich einen oder mehrere der dort vorüberfahrenden Schnellzüge halten zu lassen, und er später, infolge veränderter Verkehrsverhältnisse dieser Verpflichtung nur durch schwere Schädigung anderer, höherstehender Verkehrsinteressen nachzukommen im stande wäre[5].

Dass hiernach die Grenze zwischen der juristisch möglichen und der juristisch unmöglichen Leistung eine flüssige ist, liegt auf der Hand. Es kommt, wie gesagt, alles darauf an, was im einzelnen Falle mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr vom Schuldner verlangt werden darf. Da wo diese dem Schuldner aus besonderen Gründen übermäßige Anstrengungen zumuten, hat er sich solchen auch zu unterziehen. Darum wäre es zweifellos zu weitgehend, wenn man sagen wollte, den unmöglichen Leistungen sind ein für allemal solche Leistungen gleichzustellen, die der Schuldner nur unter Leibes- und Lebensgefahr bewirken kann. Denn einmal giebt es eine ganze Anzahl von Berufen, denen eine derartige Gefährlichkeit von Natur aus eigen ist, wie z. B. dem des Bergarbeiters, des Schieferdeckers, des Lokomotivenführers u. s. w. Diese Leute können sich ihrer Verpflichtungen natürlich niemals unter Hinweis auf die ihnen drohenden Gefahren entziehen[6]. Und sodann giebt es Fälle, wo die Rechtsordnung es dem Schuldner ausdrücklich zur Pflicht macht, bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit eventuell auch das Leben einzusetzen. So bestimmt z. B. die Seemanns-Ordnung in § 32 für die Schiffsbesatzung: „Bei Seegefahr, besonders bei drohendem

[5] Vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 32 S. 133 (= Seufferts Archiv Bd. 50 No. 20), insbes. die daselbst mitgeteilten, vom Reichsgericht zu Unrecht bekämpften Urteilsgründe des Berufungsgerichts (O. L. G. Rostock).

[6] Es müsste denn sein, dass sich im konkreten Falle das allgemeine Risiko, welches sie zu laufen haben, durch besondere Umstände in aussergewöhnlicher Weise zu ihren Ungunsten verändert hätte.

Schiffbruch, sowie bei Gewalt und Angriff gegen Schiff oder Ladung hat der Schiffsmann alle befohlene Hülfe zur Erhaltung von Schiff und Ladung unweigerlich zu leisten und darf ohne Einwilligung des Schiffers, solange dieser selbst an Bord bleibt, das Schiff nicht verlassen.“ Auf der anderen Seite aber wäre es viel zu eng, wenn man etwa nur diejenigen Leistungen den unmöglichen gleichachten wollte, welche dem Schuldner Opfer an sogenannten „höheren Gütern“, wie Gesundheit, Freiheit, Ehre, auferlegen[7]. Vielmehr kann unter Umständen auch ein pekuniäres Opfer, wenn es sehr erheblich ist, eine Leistung zu einer im Rechtssinn unmöglichen machen[8]. So hat z. B. das Bayrische Oberste Landesgericht in einem Falle, wo der Schuldner die Handlung eines Dritten versprochen hatte, und der Dritte sich auch bereit erklärte, die Handlung vorzunehmen, aber nur gegen Entrichtung eines Entgelts, dessen Höhe mit dem Interesse, das der Gläubiger an der Handlung hatte, in gar keinem Verhältnis stand, entschieden, dass von einer unbedingten Verpflichtung des Schuldners, um jeden, auch den überspanntesten Preis die vertragsmäßig übernommene, nur durch die Mitwirkung eines Dritten mögliche Leistung zu verwirklichen, keine Rede sein könne[9]. Und das Reichsgericht hat einmal dem Einwand eines Kohlenhändlers gegenüber, der sich weigerte, die versprochene Kohlenlieferung zu bewirken, weil wegen eines in seinem Revier ausgebrochenen Streikes die Beschaffung von Kohlen mit ganz außergewöhnlich hohen Unkosten verbunden sei, sich auf folgende Erwägung eingelassen: „Falls der Beklagte die Ansicht vertreten sollte, dass die Erfüllung des Vertrags nur unter Aufwendungen seinerseits möglich gewesen wäre, zu deren Übernahme er nach Lage der Sache nicht verpflichtet sei, so würde unter Darlegung der Umstände zu erörtern sein, ob von diesem Gesichtspunkt aus Unmöglichkeit der Erfül-

[7] So im wesentlichen für das preussische Recht: Förster-Eccius I 7. Aufl. S. 531 und Dernburg, Preuss. Privatrecht II 5. Aufl. S. 250.

[8] Dass dies auch der Standpunkt des B. G. B. ist, ergiebt sich aus den schon in Anm. 3 berufenen §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2 und 948 Abs. 2.

[9] Sammlung von Entscheidungen in Gegenständen des Civilrechts u. Civilprozesses Bd. 12 S. 548/9.

lung angenommen werden könnte"[10]. Und gelegentlich eines anderen Falles, in welchem sich der Beklagte wegen eines in seiner Kohlenzeche ausgebrochenen Streikes auf Unmöglichkeit der Erfüllung berief, hat sich das O. L. G. Braunschweig gegenüber der Replik des Klägers: der Beklagte habe noch eine ausreichende Anzahl Arbeiter zur Verfügung gehabt, um die vom Kläger bestellte Kohlenlieferung zu bewirken, dahin geäußert, dass, wenn auch der Zustand in der Zeche durch allmähliche Rückkehr eines Teiles der Arbeiter etwas besser geworden, die Produktion der Kohlen bis zum Schlusse des Streikes doch so schwach geblieben sei, „dass aus wirtschaftlich gebotenen Rücksichten an einen Versand von Kohlen in irgend nennenswertem Umfang nicht zu denken war, indem vor allem auf Beschaffung eines gewissen Vorrats von Kohlen zum Zweck der Versorgung der unentbehrlichen Wasserhaltungsmaschinen Bedacht genommen werden musste"[11]. Schließlich sei noch ein Urteil des Reichsgerichts angeführt, das sich in Bolzes Praxis aufgezeichnet findet[12], und bei welchem es sich darum handelt, dass ein Gastwirt, der sich verpflichtet hatte, seinen gesamten Bedarf an Bier ausschließlich von der klagenden Brauerei jährlich mit mindestens 200 Tonnen zu beziehen, im ersten Jahr nur 25 Tonnen Bier entnommen hatte, weshalb er nach Ablauf des Jahres auf Abnahme von 175 Tonnen Bier verklagt wurde. Die Klage ist vom obersten Gerichtshof abgewiesen worden mit der Begründung, dass nach den thatsächlichen Verhältnissen diese in der Vergangenheit nicht abgenommenen Quantitäten nun nicht auf einmal abgenommen werden könnten, um durch Ausschank verbraucht zu werden, „dass vielmehr im Sinne des Vertrags die Bierlieferung unmöglich geworden sei, und darum der Klägerin nur noch ein Interesseanspruch zustehe"[13].

[10] Entsch. Bd. 28 S. 224.
[11] Seufferts Archiv Bd. 47 No. 20.
[12] Bd. 5 No. 677.
[13] In der Litteratur hat man die, im Vorstehenden den unmöglichen Leistungen gleichgestellten, übermässig schwierigen Leistungen bisweilen unter dem Gesichtspunkt eines Notstands bei der Vertragserfüllung be-

Die Beispiele dürften genügen, um zu zeigen, wie wenig es angängig ist, bei der juristischen Begriffsbestimmung der Unmöglichkeit mit äußerlichen, die individuelle Beurteilung des einzelnen Falles erschwerenden Merkmalen zu operieren. Vielmehr muss bei der Frage, ob eine Leistung sich für den Schuldner noch als eine mögliche darstellt, oder nicht, dem freien richterlichen Ermessen der weiteste Spielraum gelassen werden. Im allgemeinen wird dabei der Richter gut thun, vor allem auf zweierlei sein Augenmerk zu richten: einmal darauf, ob und inwieweit der Schuldner die Schwierigkeiten, die vor der Bewirkung der Leistung zu überwinden sind, bei der Eingehung des Schuldverhältnisses gekannt hat und zum zweiten, ob eine, und welche Gegenleistung von den Parteien vereinbart worden ist. Denn es ist klar, dass der Schuldner, der von vornherein die Opfer kennt, ohne welche ihm die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten nicht möglich ist, sich hinterher nicht über diese Opfer beschweren kann[14]. Und ebenso zweifellos dürfte es sein, dass an den Schuldner, der sich aus Libe-

trachtet. So insbes. v. Tuhr, Der Notstand im Civilrecht (Heidelberg 1888) S. 15–35; vgl. auch Lehmann in Jherings Jahrbüchern Bd. 13 S. 237 ff. Und sicherlich lässt sich dieser Betrachtungsweise eine gewisse Berechtigung nicht absprechen. Indessen dürfte es hier doch besser sein, den Begriff des Notstands aus dem Spiele zu lassen u. z. aus doppeltem Grunde: erstens würde er, wenn man ihn im technischen Sinne gebraucht, sei es nun in dem engen, in welchem ihn das Str. G. B. in § 54 verwendet, oder in dem weiteren, in welchem er sich, wenn auch nicht dem Namen, so doch der Sache nach in den §§ 228 und 904 B. G. B. verwertet findet, nicht ausreichend sein, um alle hier in Frage kommenden Fälle zu decken. Schon aus den oben zuletzt gebrachten Beispielen geht hervor, dass nicht überall, wo im Hinblick auf den § 242 des B. G. B. von einer Unmöglichkeit der Leistung gesprochen werden muss, auch ein Notstand des Schuldners im strengen Sinne des Wortes vorzuliegen braucht. Aber – und das ist der zweite Einwand – selbst wenn es gelingen sollte, einen Notstandsbegriff zu finden, der weit genug wäre, alle hierher gehörigen Fälle in sich aufzunehmen, so bliebe doch die Erkenntnis, dass es sich in solchen Fällen um einen „Notstand“ des Schuldners handelt, ohne praktischen Wert, weil die lex lata uns nichts darüber sagt, welchen Einfluss dieser Notstand auf die Leistungspflicht des Schuldners ausübt, während die Einbeziehung der gedachten Fälle unter den Begriff der unmöglichen Leistung den Vorteil bietet, dass nunmehr auf sie auch die Rechtssätze angewendet werden können, die sich im B. G. B. über die Unmöglichkeit der Leistung aufgestellt finden.

[14] Vgl. das Urteil des Reichsgerichts in Bolzes Praxis Bd. 20 Nr. 137.

ralität verpflichtet hat oder nur ein geringes Entgelt für seine Leistung zu erwarten hat, nicht dieselben Anforderungen gestellt werden können, wie an denjenigen, der sich für seine Leistung ein hohes oder doch jedenfalls ein entsprechendes Äquivalent gesichert hat[15].

Jedenfalls können wir, wenn wir eine juristische Definition der unmöglichen Leistung aufstellen wollen, dies auf Grund des Vorhergehenden nunmehr dadurch thun, dass wir sagen:

[15] Hat z. B. X einen Spekulationskauf abgeschlossen und wird der Kaufgegenstand, den er sich zwecks Realisierung des Geschäfts aus dem Ausland verschreiben muss, nach Abschluß des Vertrags mit einem hohen Eingangszoll belegt, so dass X ihn bedeutend teurer einkaufen muss, als er gedacht hat, so kann man nicht sagen, dass ihm deshalb seine Leistung unmöglich geworden sei, denn das Risiko des steigenden Preises muss nach den Anschauungen des Verkehrs derjenige tragen, der eine Sache verkauft, bevor er sie noch hat, weshalb sich der Betreffende auch von vornherein einen, der Gefahr, die er trägt, entsprechenden Kaufpreis auszubedingen pflegt. So hat auch das Handelsgericht in Genf in einem hierher gehörigen Falle mit Recht entschieden, dass „das eidgenössische Alkoholgesetz die Lieferung von Alkohol nur teurer, aber nicht unmöglich mache, und darum einen Verkäufer von Alkohol nicht von der Pflicht entbinde, solchen zu liefern." Vgl. Schneider-Fick, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (2. Aufl. größere Ausgabe) S. 281. Das Urteil des Schweizerischen Gerichtes würde wahrscheinlich anders gelautet haben, wenn es sich in dem gedachten Falle nicht um ein Kaufgeschäft, sondern um ein Schenkungsversprechen gehandelt hätte. Das im Text Gesagte wird ferner deutlich, wenn man den Auftrag mit dem Werkvertrag oder den Auftrag mit dem Dienstvertrag oder die Sachmiete mit der Leihe vergleicht. Sehr häufig werden Hindernisse, die sich der Ausführung eines opus oder einer sonstigen Verrichtung entgegenstellen, für den Beauftragten, der ein Entgelt nicht empfängt, eine Unmöglichkeit der Leistung begründen, während sie der aus einer locatio conductio operis bezw. operarum Verpflichtete mit Rücksicht auf das Äquivalent, das er bekommt, zu überwinden hat. Und bei der Leihe bedeutet jeder unvorhergesehene eigene Bedarf für den Kommodanten eine Art von Unmöglichkeit der Leistung, die ihn berechtigt, vom Entleiher die Sache zurückzuverlangen (vgl. § 605 Z. 1 des B. G. B.), während bei dem Vermieter keine Rede davon sein kann, dass er unter so leichten Voraussetzungen die vermietete Sache dem Mieter wieder abfordern darf. Hier würden vielmehr nur ganz dringende Gründe (mögen diese nur in der Person des Vermieters eintreten oder in der Sache selbst, die z. B. notwendig einer Reparatur bedarf) die vorzeitige Rücknahme rechtfertigen. Vgl. das Urteil des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen Bd. 37 S. 1046 und des früheren O. A. G. Berlin in Seufferts Archiv Bd. 24 Nr. 203. Über den teilweise abweichenden Standpunkt, den die ältere gemeinrechtliche Doktrin bezüglich der Miete in dieser Frage einnahm, vgl. die Dissertation von Samter: Das Benutzungsrecht des Vermieters bei unvorhergesehenem Eintritt eigenen Bedarfs; Jena 1890.

„eine Leistung ist im Rechtssinn dann unmöglich, wenn ihrer Bewirkung entweder unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen oder doch wenigstens Hindernisse, deren Überwindung dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann.“ —

Der Grund, aus welchem sich eine Leistung als unmöglich darstellt, kann rechtlicher oder rein thatsächlicher Natur sein. Eine Ursache der ersteren Art liegt z. B. vor, wenn jemand zur Übertragung eines Rechtes verpflichtet ist, das ihm selbst nicht zusteht und das er sich auch nicht zu beschaffen vermag; um einen Grund der letzteren Art handelt es sich, wenn die Sache, die geliefert werden soll, untergegangen, oder doch aus dem Herrschaftsbereich des Schuldners verschwunden ist. Ferner können die Ursachen, welche die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen, vom Schuldner, oder von dritten Personen, oder von der Natur, oder schließlich auch von der Rechtsordnung selbst gesetzt sein: der Schuldner ist unfähig, die verkaufte Sache zu liefern, weil er sie tags zuvor verbrannt hat; oder sie ist ihm von anderer Seite gestohlen worden; oder der Maler ist nicht im stande, das versprochene Bild herzustellen, weil ihm infolge eines Schlaganfalls der Arm gelähmt ist; die Eisenbahn kann ihrer Verpflichtung aus dem Transportvertrag nicht nachkommen, weil ein heftiger Schneefall die Strecke verweht hat; es hat jemand einem Dritten die Abtretung eines ihm zustehenden Nießbrauchs versprochen, und vermag diese Verbindlichkeit nicht zu erfüllen, weil de lege lata der Nießbrauch nur quoad usum, nicht quoad jus übertragbar ist[16]; oder es hat sich jemand einem Dritten gegenüber zur Bestellung einer Schiffshypothek an einem ihm gehörigen Boote verpflichtet; das Boot erweist sich aber hinterher wegen seines geringen Rauminhalts nicht als eintragungsfähig[17]; endlich: der Verkäufer eines Grundstücks kann die verkaufte Baustelle an den Käufer nicht auflassen, weil dieser ein Ausländer ist und die landesgesetzlich erforderliche Genehmigung zum Erwerb von Immobilien nicht beizubringen vermag[18]. Irgend eine

[16] Vgl. § 1059 des B. G. B.
[17] Vgl. Bolzes Praxis Bd. 21 Nr. 167.
[18] Vgl. Art. 88 des E. G. zum B. G. B.

praktische Bedeutung kommt der Unterscheidung von rechtlichen und thatsächlichen Hindernissen, von natürlichem und juristischem casus nicht zu[19].

Eine Leistung kann derart unmöglich sein, dass wir nach unseren Erfahrungen von ihr aussagen müssen, sie wird nie wieder möglich werden; in der Litteratur spricht man dann wohl von einer absoluten, besser von einer dauernden Unmöglichkeit der Leistung. Im Gegensatz dazu steht die Unmöglichkeit, von der wir glauben, dass sie die Bewirkung der Leistung nur für den Augenblick oder doch nur für eine gewisse Zeitdauer, jedenfalls nicht für immer verhindert: diese wird bisweilen als relative oder hypothetische oder bedingte, am besten als zeitweise oder vorübergehende Unmöglichkeit bezeichnet[20]. Die Bedeutung, welche dem Gegensatz von dau-

[19] Hartmann hat in seinem bekannten Aufsatz in Jherings Jahrbüchern Bd. 22 eine Verschiedenheit zwischen „natürlichem" und „juristischem casus" für das Römische Recht nachzuweisen versucht. Es soll nämlich der Satz periculum est emptoris nur dann gelten, wenn das Kaufobjekt von Zufällen der ersteren, nicht auch, wenn es von Zufällen der letzteren Art betroffen wird. Da nach B. G. B. der Verkäufer in allen Fällen die Gefahr zu tragen hat, ist die Frage für das heutige Recht gegenstandslos. Im übrigen aber scheint mir die Behauptung von der Wesensverschiedenheit des natürlichen und juristischen casus auch für das gemeine Recht nicht haltbar zu sein. Vielmehr handelt es sich dabei, wenn dies Hartmann selbst auch nicht Wort haben will, weniger um eine innerlich begründete, als um eine künstlich gemachte Unterscheidung, die lediglich zu dem Zwecke erfunden ist, das Anwendungsgebiet des Satzes „periculum est emptoris" nach Möglichkeit einzuschränken.

[20] In diesem Sinne spricht z. B. das Allgemeine Landrecht §§ 51, 52, 57 I, 5 von „absoluter" und „hypothetischer (bedingter)" Unmöglichkeit. — In der älteren gemeinrechtlichen Litteratur (vgl. Savigny, System III S. 164, Mommsen, Beiträge I S. 4 fg.) und mitunter auch noch von neueren Schriftstellern (vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht II 5. Aufl. S. 54, Matthiaß I S. 302 und 341) wird der Gegensatz von absoluter und relativer Unmöglichkeit gebraucht, um das „blos in concreto Unmögliche" dem „überhaupt und unter allen Umständen Unmöglichen" soll heißen „dem Undenkbaren" gegenüberzustellen. So soll „absolut unmöglich" sein die Leistung eines „hippocentaurus" oder „die Verpflichtung eines Spiritisten, Verstorbene zu zitieren"; relativ unmöglich, die Lieferung einer an sich denkbaren, im gegebenen Falle aber bereits untergegangenen Sache, also eines Pferdes, das schon verendet ist. Dass diese Unterscheidung wissenschaftlich wertlos ist, liegt auf der Hand und es ist ihrer hier auch nur der litterarischen Vollständigkeit halber gedacht worden. — Beachte wegen der Terminologie auch Anmerkung 22.

ernder und vorübergehender Unmöglichkeit innewohnt, wird sich aus dem folgenden Paragraphen ergeben[21].

Die Leistung kann ferner in ihrer Totalität, oder nur in einzelnen Beziehungen unmöglich sein; in ersterem Falle liegt eine totale, in letzterem nur eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung vor. Auch diese Unterscheidung wird in § 2 des näheren beleuchtet werden.

Die Unmöglichkeit der Leistung kann sodann bereits bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden sein oder erst nach diesem Zeitpunkt eintreten; je nachdem, ob das Eine oder das Andere zutrifft, redet man von anfänglicher oder von nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung. Von dem Werte dieser Distinktion und der Bedeutung, die ihr de lege lata zukommt, wird in § 3 zu handeln sein.

Die Hindernisse, welche sich der Bewirkung der Leistung entgegenstellen, können solche sein, dass nicht nur der Schuldner, sondern auch kein anderer Mensch im stande ist, die Leistung zu prästieren; sie können aber auch so beschaffen sein, dass Andere zu leisten im stande wären, der Schuldner aber es gerade nicht zu thun vermag. Diese Vergleichung des Schuldners mit den übrigen Menschen zeitigt den Gegensatz von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Erfüllung, dessen Wesen in § 4 erörtert werden soll[22].

Betrachtet man schließlich die Unmöglichkeit der Leistung lediglich nach den Rechtsfolgen, die sie für Gläubiger und Schuldner mit sich bringt, so ergiebt sich die Einteilung in die vom Schuldner zu vertretende und in die von ihm nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung. Die Frage, wann die eine und wann die andere vorliegt, wird im letzten Paragraphen dieses Kapitels beantwortet werden. —

[21] Siehe daselbst unter 1.

[22] In der Litteratur — und auch in der Judikatur — wird häufig die objektive Unmöglichkeit als „absolute“ und die subjektive als „relative“ bezeichnet. Vgl. u. a. aus dem gemeinen Rechte: Madai, Lehre von der mora (1837) S. 77 und aus der Litteratur des Gesetzbuchs: Strübe, Das B. G. B. Eine systematische Darstellung (Freiburg i. B. 1898) S. 56. — Das B. G. B. selbst verwendet, wie sich aus § 275 ergiebt, an Stelle von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit die Ausdrücke „Unmöglichkeit der Leistung“ und „Unvermögen des Schuldners zur Leistung“. Vgl. unten § 4 der Darstellung.

Von der Unmöglichkeit der Leistung d. h. dem Nicht-Leisten-Können des Schuldners ist begrifflich zu scheiden:

1) Das Nicht-Leisten-Wollen. Hier handelt es sich um die Weigerung des Schuldners, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, obwohl er zu der Erfüllung im stande ist. Zwar wird es sich im Verlauf der Darstellung noch zeigen, dass das Nicht-Leisten-Wollen des Schuldners immer auch eine Art Unmöglichkeit der Leistung begründet, insofern, als vom Schuldner, der es unterlassen hat, die fällige Leistung rechtzeitig zu bewirken, die pünktliche Erfüllung des Schuldverhältnisses dadurch auf ewig vereitelt worden ist. Denn den unbenutzt vorübergelassenen Zeitpunkt bekommt er nie wieder zurück; die Leistung ist also fortan für ihn nur noch teilweise möglich: teilweise in Ansehung der Zeit[23]. Immerhin ist es, und zwar nicht nur aus theoretischen, sondern de lege lata auch aus praktischen Gründen nicht ohne Bedeutung, beim Schuldner den mangelnden Willen und die mangelnde Fähigkeit zur Leistung auseinanderzuhalten. Das B. G. B. hat nämlich in § 279, wie später noch eingehend zu erörtern sein wird, bestimmt, dass bei Gattungsschulden die subjektive Unmöglichkeit der Leistung stets einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand darstellt. Würde man nun in dem willentlichen Unterlassen der Leistung weiter nichts als eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit sehen, so hätte das zur Folge, dass beispielsweise ein Erbe, der nichts von der ihm obliegenden Verbindlichkeit weiß, und von ihr nichts wissen kann, und der darum auch ihre Erfüllung von seinem Standpunkt aus mit Recht verweigert, durch die Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt wird, wenn die Schuld, die er mit der Erbschaft auf sich genommen hat, eine generische ist, dass er hingegen nicht in mora solvendi gerät, wenn es sich um die Leistung eines individuell bestimmten Gegenstandes handelt (vgl. § 285 B. G. B). Dieses sinnlose Ergebnis fällt sofort hinweg, wenn man, wie es allein richtig ist, den § 279 auf die Fälle wirklichen Nicht-Leisten-Könnens, auf die er gemünzt ist, beschränkt; ihn somit in

[23] Das Nähere unten in § 2 unter 1.

den Fällen des Nicht-Leisten-Wollens überhaupt für unanwendbar erklärt[24].

2) Das Nicht-Leisten-Dürfen. Solches liegt vor bei der verbotenen Leistung. Dass das Verbot, eine Leistung zu bewirken, diese noch nicht zur unmöglichen macht, bedarf angesichts der zahlreichen Fälle, in denen solche Verbote übertreten werden, keines Beweises[25]. Aber auch davon abgesehen, besteht zwischen der unmöglichen und der verbotenen Leistung ein tiefgreifender Unterschied. In der Natur der unmöglichen Leistung liegt es begründet, dass sie von rechtswegen nicht erzwungen werden kann. Das Gegenteil ist hier undenkbar. Bei der verbotenen Leistung hingegen bildet das Versagen des rechtlichen Zwangsapparats nur die Regel, indem in der Mehrzahl der Fälle die Rechtsordnung allerdings mit sich selbst in Widerspruch geraten würde, wenn sie auf der einen Seite etwas verbieten und auf der andern Seite das auf die Umgehung des Verbots abzielende Schuldverhältnis von sich aus sanktionieren wollte. Aber wie jede Regel, so lässt auch diese Ausnahmen zu. Ein Verbot kann nach seinem Inhalt und Zweck derart sein, dass der Staat kein Interesse daran hat, das gegen dieses Verbot zu stande gekommene Leistungsversprechen schlechthin zu reprobieren. Es genügt ihm vielleicht, wenn er die Beteiligten, oder doch wenigstens einen von ihnen mit Strafe belegt, während er im übrigen die Verbindlichkeit anerkennt, und demgemäß aus ihr auch Klage und Zwangsvollstreckung erteilt[26]. So wird beispielsweise jeder Geschäftsinhaber, der im Widerspruch mit den Vorschriften der Sonntagsruhe ein Kaufgeschäft abschließt, bestraft; es dürfte aber keinem Zweifel unterliegen, dass aus einem solchen, am Sonntag eingegangenen Kaufvertrag beide Kontrahenten auf Erfüllung zu klagen berechtigt sind[27].

[24] Im Resultat übereinstimmend: Planck II S. 63 unter 7 a. E.; Schollmeyer, Kommentar S. 124 unter 1 b.

[25] Insoweit, wie es dem Staate gelingt, durch geeignete Maßregeln die Übertretung seiner Verbote zu verhindern, ist die verbotene Leistung gleichzeitig auch eine unmögliche Leistung.

[26] Vgl. hierzu vor allem Endemann, Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze (Leipzig 1887) insbes. S. 102 ff. u. Lehrb. I § 9 Anm. 5 u. 6.

[27] De lege lata zeigt sich die Wesensverschiedenheit, die zwischen

II.

Unmöglich werden kann prinzipiell jede Leistung: mag nun ihr Inhalt in einem Thun (dare, facere, praestare) oder in einem Unterlassen bestehen[28]. Die Gefahr des Unmöglichwerdens ist aber um so größer, je individueller, um so geringer, je genereller der Gegenstand der Leistung bestimmt ist. Bei Gattungsobligationen kann überhaupt von einer Unmöglichkeit der Leistung solange keine Rede sein, als die Lieferung aus der Gattung noch möglich ist und die Verbindlichkeit sich noch nicht auf eine bestimmte species konkretisiert hat. Erst wenn die eine oder die andere Voraussetzung eingetreten ist, kann man auch bei generischen Schuldverhältnissen von unmöglichen Leistungen sprechen. Wann aber ist dies im einzelnen der Fall?

a) Dem unter I Gesagten entsprechend, ist die Leistung aus der Gattung dann als unmöglich zu bezeichnen, wenn die Gattung entweder zu existieren aufgehört hat oder doch die Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Art eine so

verbotenen und unmöglichen Leistungen besteht, sehr deutlich, wenn man die Fassung der §§ 134 und 306 miteinander vergleicht. Hier heißt es: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig"; dort: „ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt."

[28] Auf den ersten Blick zwar scheint es, als ob bei einer Leistung, die lediglich in einem Unterlassen besteht, niemals von einer Unmöglichkeit der Leistung, sondern höchstens von einem Nicht-Leisten-Wollen des Schuldners gesprochen werden könne. Denn ein bloßes Nichtsthun, ein rein passives Verhalten vermag offenbar jedermann zu jeder Zeit zu prästieren. Indessen ist hier an zweierlei zu erinnern. Einmal an das soeben Gesagte, dass jedes absichtliche Nicht-Leisten gleichzeitig auch eine Unmöglichkeit der Leistung begründet, was hier besonders augenfällig ist: denn wenn der Schuldner eine Handlung, die er unterlassen sollte, seiner Verpflichtung zuwider vorgenommen hat, so lässt sich die Thatsache der Zuwiderhandlung nie wieder rückgängig machen. Und sodann an die oben gegebene Definition von der Unmöglichkeit, wonach eine solche im Rechtssinn schon dann vorliegt, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit für den Schuldner mit übermäßigen Schwierigkeiten oder Nachteilen verbunden ist. Und da lassen sich ja gerade bei den obligationes in sinendo sehr viele Fälle denken, wo die Bewirkung der versprochenen Leistung dem Schuldner so schwere Opfer auferlegen würde, dass sie billigerweise von ihm nicht verlangt werden kann.

schwierige geworden ist, dass die Leistung dem Schuldner nach guten Treuen nicht mehr zugemutet werden kann[28a]. Ist ein Objekt in solcher Menge vorhanden, dass dieser Zustand undenkbar ist, wie dies z. B. beim Gelde der Fall ist, dann kann man wohl ohne Übertreibung sagen: genus perire non censetur. Im übrigen aber kommt diesem Satze doch nur eine sehr relative Wahrheit zu. Denn in Wirklichkeit hängt die Frage, ob eine Gattung zu existieren aufhören kann oder nicht, ganz davon ab, wie von den Parteien die Grenzen des genus, aus welchem geliefert werden soll, gezogen worden sind. Wie sie es überhaupt in der Hand haben, eine Leistung speziell oder generell zu bestimmen, so steht es ihnen auch frei, das Gattungsgebiet, dem die Leistung entnommen werden soll, weiter oder enger abzustecken. Ein Schuldner, der lediglich verpflichtet ist, „Kohlen" oder „Prima Kohlen" oder „Tischwein" oder „gesunde Gerste" zu liefern, wird allerdings niemals gezwungen sein, sich auf Unmöglichkeit der Leistung zu berufen. Wenn sich hingegen jemand verbindlich macht, „Prima gewaschene Schmelzcoaks der Zeche Dannenbaum" oder „Gasflammenkohlen der Zeche Hannibal", oder „100 Flaschen Rüdesheimer Berg, siebziger Jahrgang" oder „russische Gerste, gute gesunde Durchschnittsqualität diesjähriger Ernte" zu liefern, so liegt die Gefahr schon bedeutend näher, dass der Schuldner in die Lage kommt, nicht leisten zu können, sei es nun, weil wirklich der Gattungsvorrat erschöpft ist, sei es, weil andere, dem gleichstehende Ereignisse die Leistung unmöglich machen: z. B. in den gedachten Gruben infolge Streikes nicht gearbeitet werden kann, oder der russische Exporteur

[28a] Durch den letzteren Zusatz wird ein für allemal der in der Mehrzahl der Fälle gar nicht erbringbare Beweis abgeschnitten, dass eine Gattung wirklich gänzlich aufgehört hat, zu existieren. Wenn z. B. die Lieferung böhmischer Gerste vom Jahre 1899 oder von 100 Flaschen Wein eines bestimmten Jahrgangs in Frage steht, so ist der Beweis, dass die Leistung unmöglich ist, erbracht, wenn die für die betreffende Ware in Betracht kommenden Exportfirmen und Handlungshäuser erklären, dass Gerste oder Wein aus dem und dem Jahre nicht mehr vorhanden ist; Nachforschungen darüber, ob sich nicht vielleicht in irgend welchem Privatbesitz oder bei irgend welchem Kleinhändler Stücke der betreffenden Gattung befinden, braucht der Schuldner in aller Regel nicht anzustellen.

durch ein Ausfuhrverbot seiner Regierung verhindert ist, die bestellte Gerste über die Grenze gelangen zu lassen[29].

b) Was den Zeitpunkt anlangt, in welchem sich die Genusobligation in eine Speziesschuld verwandelt, so ist hierfür in erster Linie § 243 des B. G. B. maßgebend. Dieser bestimmt in Abs. 1: „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten"; und fährt dann in Abs. 2 fort: „Hat der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache." Hiernach tritt also die Konzentration der Verbindlichkeit auf eine bestimmte species keinesfalls ein, bevor der Schuldner nicht aus der Gattung die für den Gläubiger bestimmten Stücke ausgeschieden hat. Eine andere Frage ist es, ob die Vornahme dieser Handlung für die Beschränkung des Schuldverhältnisses ausreichend ist. Die Bejahung der Frage hätte zur Folge, dass der Schuldner, wenn die aus-

[29] Vgl. Bolzes Praxis Bd. 8 Nr. 184; 12 Nr. 146, 147, 148; 18 Nr. 127; Seufferts Archiv Bd. 47 Nr. 20; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 28 S. 220 fg. — Bisweilen wird der Kreis der Gegenstände, aus welchen geliefert werden soll, noch um vieles enger bestimmt sein, als es in den oben gebrauchten Beispielen der Fall ist. Z. B.: es sollen geleistet werden 5 Scheffel von dem Getreide, das zur Zeit in meiner Scheune lagert; 3 Hammel aus der Herde des X.; ein Wispel Weizen von der und der Schiffsladung; ein Ohm Wein aus diesem Stückfass; ein Pferd aus meinem Gestüt; ein Bild aus meiner Gemäldesammlung. Es kann fraglich sein, ob man es in solchen Fällen überhaupt noch mit einer Gattungsobligation zu thun hat, oder ob nicht vielmehr eine alternative Obligation bez. eine Verbindlichkeit mit unbestimmter Leistungspflicht im Sinne des § 315 B. G. B. vorliegt. Litteraturnachweise zu der im gemeinen Rechte unausgetragen gebliebenen Kontroverse bei Windscheid II § 255 Anm. 17; für das B. G. B. siehe Motive II S. 11; Planck II S. 11 unter 2; Dernburg a. a. O. S. 27; Mayring, Kommentar S. 6 und 7 unter 3; Enneccerus a. a. O. S. 348. Dass in allen den gedachten Fällen Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, wenn die Menge, aus der geliefert werden soll, untergegangen ist, ist selbstverständlich und in dieser Beziehung ist es völlig gleichgültig, ob man das Schuldverhältnis als ein alternatives oder generisches oder sonstwie bezeichnet. Hingegen ist die Konstruktionsfrage für die Art und Weise der Konkretisierung des Leistungsgegenstandes von erheblicher Bedeutung. Denn bei der alternativen Obligation und der „unbestimmten Verbindlichkeit" des § 315 erfolgt diese durch Erklärung des Bestimmungsberechtigten gegenüber dem anderen Teile; bei der Genusschuld hingegen auf die sogleich unter b zu erörternde Weise.

geschiedene Sache durch Zufall unterginge, von jeder Leistungspflicht frei wäre (vgl. § 275 B. G. B. und unten § 6), oder, wie man auch sagen könnte, dass der Gläubiger vom Moment der Ausscheidung an das periculum interitus et deteriorationis tragen müsste. Ist aber der Übergang der Gefahr eine notwendige Konsequenz der Konkretisierung des Schuldverhältnisses, so lässt sich die Frage: in welchem Moment verwandelt sich das generische Schuldverhältnis in eine Speciesschuld auch so stellen: von welchem Zeitpunkt an hat bei der Gattungsschuld der Gläubiger die Gefahr zu tragen? Darauf antwortet § 300 Abs. 2:

„Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, dass er die angebotene Sache nicht annimmt.“

Es wird also der § 243 Abs. 2 durch den § 300 Abs. 2 ergänzt und darum müssen wir, wenn wir den Zeitpunkt fixieren wollen, in welchem sich nach B. G. B. die Genusschuld auf eine individuell bestimmte Leistung konzentriert, die beiden Gesetzesstellen im Zusammenhang betrachten. Ihre Verbindung führt zu folgenden Resultaten:

1) Handelt es sich um einen Fall der Bringschuld, so hat der Schuldner „das zur Leistung seinerseits Erforderliche“ erst dann gethan, wenn er die ordnungsmäßig ausgeschiedene Sache dem Gläubiger thatsächlich angeboten hat. Im Moment des Angebots verwandelt sich die generische Schuld in eine Speziesschuld nach § 243 Abs. 2. Durch die Realofferte aber versetzt der Schuldner den Gläubiger gleichzeitig in mora accipiendi (vgl. §§ 293, 294), und es geht somit zufolge § 300 Abs. 2 die Gefahr auf den letzteren über. Im Falle der Bringschuld fallen also Annahmeverzug und Konkretisierung der Leistung notwendigerweise zusammen[29a].

2) Handelt es sich hingegen um einen Fall der Holschuld, oder hat der Gläubiger dem Schuldner von vornherein erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen werde, so genügt es zu

[29a] Einen von dem des B. G. B. abweichenden Standpunkt vertritt Mommsen, Beiträge I S. 306 fg. für das gemeine Recht.

seiner Inverzugsetzung, dass ihm die Leistung vom Schuldner wörtlich angeboten bezw. er von letzterem aufgefordert wird, die Sache abzuholen (§ 295). Nicht notwendig ist es zu dem gedachten Zwecke, dass der Schuldner in dem Zeitpunkt, in welchem er die Verbalofferte bezw. die Aufforderung an den Gläubiger erlässt, den geschuldeten Gegenstand aus der Gattung bereits ausgeschieden hat; es genügt, wenn er jederzeit im stande ist, die Ausscheidung vorzunehmen (vgl. § 297)[30]. Solange aber, als er diese noch nicht vorgenommen hat, hat er nach dem eingangs Gesagten „das zur Bewirkung der Leistung seinerseits Erforderliche" noch nicht gethan. Solange kann also auch zufolge § 243 Abs. 2 von einer Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache, mithin von einem Übergang der Gefahr auf den Gläubiger keine Rede sein[31]. Daraus geht hervor, dass in den Fällen des Verbalangebots Annahmeverzug und Konkretisierung der Leistung nicht notwendigerweise zusammenfallen[32].

[30] Anderer Ansicht Schollmeyer, Kommentar S. 144 u. 45. Er meint, die §§ 294 und 295 müssten „im Zusammenhange" interpretiert werden; danach aber sei in den Fällen beider §§ die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, anzubieten, „regelmäßig thatsächlich, in den Ausnahmefällen des § 295 nur wörtlich". „Die Leistung ›so, wie sie zu bewirken ist‹, könne aber auch wörtlich nur dann angeboten werden, wenn die zu leistende Gattungssache ausgeschieden ist." Diese Auslegung des § 295 dürfte kaum im Interesse des Gläubigers gelegen sein. — So wie hier Planck II S. 75; Oertmann, Kommentar S. 53; Fischer-Henle, § 300 Anm. 5.

[31] Das erhellt auch schon aus § 300 Abs. 2. Dieser lässt die Gefahr auf den Gläubiger erst dann übergehen, wenn er dadurch in Verzug kommt, dass er die „angebotene Sache" nicht annimmt. Eine „angebotene Sache" aber setzt einen individualisierten Gegenstand voraus. Vor der Ausscheidung kann von einer solchen deshalb nicht gesprochen werden, weil der Gattungsvorrat, den der Schuldner bei sich lagern hat, und der in seiner Totalität wohl als „Sache" oder Sachgesamtheit zu gelten hätte, vom Schuldner gerade nicht angeboten wird; und der Teil, der daraus angeboten wird, eben, da er noch nicht ausgeschieden ist, keine „Sache" für den Gläubiger darstellt.

[32] Schollmeyer muss natürlich in Konsequenz seiner in Anm. 30 erwähnten Auslegung des § 295 zu dem entgegengesetzten Resultat kommen. — Dass es nicht etwa bedeutungslos ist, von Annahmeverzug auch schon vor erfolgter Beschränkung des Schuldverhältnisses zu sprechen, ergiebt sich daraus, dass die mora creditoris nach B. G. B. Wirkungen hat, die ganz unabhängig davon sind, ob die Gattungsschuld bereits zur Speziesschuld geworden ist: vgl. z. B. die §§ 301 und 304.

Andrerseits folgt aus § 300 Abs. 2, dass es zwecks Abwälzung der Gefahr auf den Gläubiger in den hier zur Besprechung stehenden Fällen nicht genügt, dass der Schuldner aus dem bei ihm lagernden Gattungsvorrat die für den Gläubiger bestimmte „Sache“ ausscheidet, also das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche thut. Denn verbindet er damit nicht auch eine Verbalofferte an den Gläubiger, versetzt er also diesen nicht auch in mora accipiendi, so ist den Anforderungen des § 300 nicht entsprochen, die Gefahr darum noch beim Schuldner verblieben[33].

Das Resultat ist somit: im Falle der Holschuld bezw. wenn der Gläubiger von vornherein erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, konkretisiert sich das Gattungsschuldverhältnis dadurch, dass der Schuldner den Gläubiger (mittelst Verbalofferte) in Annahmeverzug versetzt und das zur Leistung seinerseits Erforderliche thut (nämlich die Ausscheidung vornimmt).

3) Liegt einer derjenigen Fälle vor, in denen der Gläubiger in Annahmeverzug gerät, ohne dass es eines Angebots bedarf (§ 296), so fragt es sich, ob auch die Konkretisierung des Schuldverhältnisses ohne Angebot der Leistung eintreten kann oder ob nicht, soweit erstere in Frage steht, mit Rücksicht auf die Fassung des § 300 Abs. 2. zum mindesten an dem Erfordernis einer Verbalofferte festzuhalten ist. Denn nach dem Wortlaut dieses Paragraphen geht die Gefahr nur dann auf den Gläubiger über, wenn er dadurch in Verzug kommt, dass er die „angebotene“ Sache nicht annimmt. Trotzdem dürfte die Frage in ersterem Sinne zu entscheiden sein. Denn das Erfordernis des Angebots ist in § 300 Abs. 2 offenbar nur insoweit als Voraussetzung für den Gefahrübergang gedacht, als es notwendiges Requisit des Annahmeverzuges ist. Wo

[33] Es kann also weder der Schuldner, der ohne Ausscheidung den Gläubiger in Verzug gesetzt hat, und dem sein Gattungsvorrat durch Zufall untergegangen ist, noch der Schuldner, der ausgeschieden, aber den Gläubiger nicht in Verzug gesetzt hat, und dem die ausgeschiedene Sache untergegangen ist, sich auf Unmöglichkeit der Leistung berufen. Für beide ist vielmehr die Leistung, wenn nicht gerade die Gattung zu existieren aufgehört hat, eine mögliche geblieben und beide sind darum nach wie vor zu ihrer Bewirkung verpflichtet.

letzterer auch ohne Angebot eintritt, wäre es grundlos, für den Gefahrübergang solches zu fordern. Es tritt also in diesen Fällen die Konkretisierung des Schuldverhältnisses ein, wenn der Gläubiger in mora accipiendi verfallen ist und der Schuldner das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche gethan, d. h. die zu bewirkende Leistung aus der Gattung gehörig ausgeschieden hat[34]. —

Die vorstehenden Ausführungen lassen sich dahin zusammenfassen, dass die Verwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld immer ein Doppeltes, aber auch nur ein Doppeltes voraussetzt: die Ausscheidung einerseits und den Annahmeverzug des Gläubigers andrerseits[35].

[34] Anderer Ansicht Schollmeyer, Kommentar S. 13fg. und 144fg., Planck II S. 75 unter 3 Abs. 2 a. E., Oertmann, Kommentar S. 53 unter 2. Die beiden zuletzt genannten Schriftsteller hegen sogar Zweifel, ob zur Herbeiführung der in § 300 Abs. 2 normierten Wirkung überhaupt eine Verbaloblation ausreichend ist, oder ob nicht vielmehr dazu immer, also auch in den vorhin unter 2) besprochenen Fällen eine Realoblation gefordert werden muss. Indessen das Ansinnen, der Schuldner solle, auch nachdem er rite ausgeschieden hat und der Gläubiger in Annahmeverzug geraten ist, noch weiter das periculum interitus ac deteriorationis tragen, scheint mir so unbillig zu sein, dass man es unmöglich dem Gesetz als seine Meinung unterstellen kann. — Ohne nähere Begründung wird die hier vertretene Auffassung des § 300 Abs. 2 geteilt von Dernburg a. a. O. S. 167.

[35] Natürlich sind die Parteien durch nichts gehindert, im Wege freier Vereinbarung die Gefahrtragung bei Genusobligationen auch anders zu regeln. Sie können beispielsweise ausmachen, dass ohne Rücksicht auf eine mora accipiendi das periculum mit dem Moment der Ausscheidung auf den Gläubiger übergehen soll. Eine gesetzliche Ausnahme von den oben entwickelten Regeln zu Gunsten des Schuldners enthält der § 447 Abs. 1, der im Falle der Distancesendung die Gefahr schon mit dem Zeitpunkt auf den Käufer übergehen lässt, in welchem der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausliefert. Eine weitere Ausnahme, ebenfalls zu Gunsten des Schuldners, findet sich in § 270 Abs. 3, wonach bei Geldschulden der Gläubiger das periculum der Übermittelung des Geldes, ohne Rücksicht auf Annahmeverzug und Ausscheidung, dann zu tragen hat, wenn sich infolge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Änderung seines Wohnsitzes oder seiner gewerblichen Niederlassung die mit der Zusendung verbundene Gefahr erhöht hat. Hingegen darf aus B. G. B. § 375, wo bezüglich der Hinterlegung bestimmt ist, dass, wenn die hinterlegte Sache der Hinterlegungsstelle durch die Post übersendet wird, die Hinterlegung auf die Zeit der Aufgabe der Sache zur Post zurückwirkt, mit nichten gefolgert werden,

III.

Das hier wiederholt berührte Institut des Annahmeverzugs zeigt uns, dass es Fälle giebt, wo der Schuldner an sich im stande ist, die Leistung zu bewirken, wo er ferner auch willens dazu ist und wo er sich dennoch nicht durch Erfüllung von seiner Verbindlichkeit zu befreien vermag, weil der Gläubiger die dabei notwendige Mitwirkung versagt, sei es nun, dass er die ihm angebotene bezw. für ihn bereit gestellte Sache dem Schuldner nicht abnimmt, oder dass er andere Handlungen vorzunehmen unterlässt, ohne welche die Bewirkung der Leistung nicht erfolgen kann, z. B. er trifft im Falle des Spezifikationskaufes die nötigen Bestimmungen über Art und Maß der zu liefernden Ware nicht; er giebt beim Werkvertrag dem Schuldner den Gegenstand nicht heraus, den dieser bearbeiten soll, oder weigert sich, die für die Herstellung des opus notwendigen Anweisungen zu erteilen. Man könnte versucht sein, mit Rücksicht darauf, dass es dem Schuldner in solchen Fällen nicht möglich ist, das Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Erfüllung herbeizuführen, auch bei Annahmeverzug des Gläubigers von einer „Unmöglichkeit der Leistung" zu reden. Indessen würde man da zwei heterogene Dinge in unzulässiger Weise miteinander verquicken[36]. Nicht nur, dass Annahme-

dass auch hier der Gläubiger im Falle der Genusschuld die Gefahr der Übermittelung ohne Rücksicht auf Annahmeverzug und Ausscheidung zu tragen habe. Der § 375 hat mit der Lehre von der Gefahrtragung überhaupt nichts zu thun. Er hat vielmehr nur solche Fälle im Auge, wo die zu hinterlegende Sache auch wirklich bei der Hinterlegungsstelle eintrifft, wo es also thatsächlich zur Hinterlegung kommt. Alsdann sollen die Wirkungen der Hinterlegung auf den Zeitpunkt zurückbezogen werden, in welchem die Sache bei der Post eingeliefert wurde.

[36] Zum Teil hat dies Mommsen gethan: Beiträge I S. 90 ff., wodurch die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung, die in seiner Darstellung an sich schon nicht sehr durchsichtig ist, an Übersichtlichkeit viel verloren hat. Noch verwirrender aber wirkt es, wenn Mommsen in denjenigen Fällen, wo zur Bewirkung der Leistung eine vorgängige Handlung des Gläubigers erforderlich ist, und der letztere die betr. Handlung nicht vornehmen kann, von einer „Unmöglichkeit der Leistung des Gläubigers" spricht: so a. a. O. S. 58 ff. Damit werden in die Lehre vom Annahmeverzug Gesichtspunkte hineingetragen, die mit der Stellung, die der Gläubiger innerhalb des Schuldverhältnisses einnimmt, unverträglich sind.

verzug des Gläubigers und Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners schon deshalb unvereinbare Gegensätze sind, weil die mora accipiendi die Möglichkeit der Leistung zur begrifflichen Voraussetzung hat[37], sondern es sind auch die Rechtsfolgen, die das Gesetzbuch an die beiden Thatbestände knüpft, gänzlich verschieden geartet[38]. Während nämlich die Unmöglichkeit der Leistung, wenn sie vom Schuldner nicht zu vertreten ist, ihn, wie schon öfters erwähnt, von seiner Verbindlichkeit befreit, bleibt er trotz des Annahmeverzugs, wenn auch unter milderen Modalitäten, auf die Leistung verhaftet; und während der Schuldner bei Unmöglichkeit der Leistung mit der Befreiung von seiner Verbindlichkeit das Recht auf die Gegenleistung einbüßt, geht er durch Annahmeverzug des Gläubigers seines Anspruchs auf das Entgelt niemals verlustig[39].

Also nicht die Verschmelzung der beiden Begriffe, sondern ihre scharfe Abgrenzung ist angesichts der verschiedenen, sich an sie anschließenden Rechtswirkungen die Aufgabe der Wissenschaft. Und dies um so mehr, als es Fälle giebt, in denen es recht zweifelhaft sein kann, ob der Thatbestand des

Denn der Begriff: „Unmöglichkeit der Leistung" lässt sich im technischen Sinne nur da gebrauchen, wo eine Leistungs pflicht besteht. Der Gläubiger aber ist qua Gläubiger dem Schuldner gegenüber zu garnichts verpflichtet; die Annahme der von letzterem zu bewirkenden Leistung bezw. die Vornahme der von seiner Seite dazu erforderlichen Handlung ist lediglich sein Recht, von dem Gebrauch zu machen er nicht gezwungen werden kann. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsordnung in einzelnen Fällen dem Gläubiger aus besonderen Gründen eine Abnahmepflicht ausnahmsweise auferlegt, wie es z. B. das B. G. B. in den §§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1, 696 und das H. G. B. in § 375 Abs. 1 thun. Dann ist natürlich der Gläubiger in Ansehung der Abnahme gleichzeitig auch Schuldner und dann, aber auch nur dann liegt, wenn die Abnahme nicht möglich ist, ein echter Fall von Unmöglichkeit der Leistung des Gläubigers vor.

[37] Vgl. § 297 B. G. B.

[38] Es ist darum undenkbar, dass auf der einen Seite Annahmeverzug des Gläubigers und gleichzeitig auf der anderen Seite Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners vorliegt. Zwar kann dem Schuldner die Leistung während des Annahmeverzugs unmöglich werden: dann hört aber mit dem Augenblick, in welchem die Unmöglichkeit der Leistung eintritt, der Gläubiger auf, in mora accipiendi zu sein, wodurch natürlich die Thatsache nicht aus der Welt geschafft wird, dass er in Annahmeverzug gewesen ist.

[39] Vgl. die §§ 552, 615, 642, 643 in Vbd. mit 645 Abs. 1 Satz 2 B. G. B.

Annahmeverzugs oder der Thatbestand der Unmöglichkeit der Leistung als vorliegend anzusehen ist. Man denke z. B. daran, dass der Arbeitgeber die Arbeiter, die in der Früh zum Dienste antreten, nicht beschäftigen kann, weil die Fabrik über Nacht niedergebrannt ist; oder dass der Maler, der sich einer Gemeinde gegenüber verpflichtet hat, ihre Kirche mit Fresken auszuschmücken, außer stande ist, die Gemälde herzustellen, weil die Kirche eingestürzt ist; dass der Hauslehrer die übernommenen Privatstunden nicht erteilen kann, weil sein Schüler krank geworden ist; dass Leute gedungen werden, um ein gestrandetes Schiff wieder los zu machen, das Schiff aber, noch bevor diese an die Ausführung des Werkes gehen, von allein wieder flott wird[40]; oder ich bestelle mir einen Küfer, der die in meinem Keller lagernden Fässer Wein abziehen soll, und diese sind, da sich der Küfer zur Arbeit einfindet, sämtlich ausgelaufen; ein Heilgehülfe wird engagiert, einen Patienten drei Wochen lang jeden Morgen zu massieren; nach einer halben Woche stirbt der Patient. Liegt in solchen Fällen Annahmeverzug des Gläubigers oder Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners vor? In der Litteratur sind die Meinungen darüber geteilt[41].

Folgende Erwägungen dürften zur richtigen Entscheidung und Begriffsabgrenzung führen:

Teilt man die Obligationen ein in solche, die in einem Thun, und solche, die in einem Unterlassen bestehen, so ist klar, dass in Ansehung der letzteren eine Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung überhaupt nicht denkbar ist: bezüglich ihrer kann also die Frage, ob im einzelnen Falle Annahmeverzug oder Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, niemals praktisch werden. Die Bedeutung der Frage beschränkt

[40] Entnommen aus der Hamburgischen Handelsgerichtszeitung (nachmals Hanseatische Gerichtszeitung) 8. Jahrgang (1875) Hauptbl. Nr. 217 S. 314.

[41] Vgl. Mommsen, Beiträge I S. 362 fg., Entsch. d. Reichsgerichts Bd. 3 S. 179 Nr. 51; Protokolle II S. 280—82; Planck-André II S. 355 unter 5; Kohler, Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 13 S. 252—263; Oertmann, Kommentar S. 367 unter 3. Die Frage ist, abgesehen von ihren sonstigen praktischen Folgen, noch von Bedeutung im Hinblick auf den § 265 des B. G. B. Vgl. unten Anm. 45.

sich somit auf diejenigen Schuldverhältnisse, durch welche der Schuldner zu einer Thätigkeit verpflichtet wird. Nun setzt aber eine solche Verpflichtung ein Zweifaches voraus: ein mit den nötigen Eigenschaften ausgerüstetes Wesen, welches thätig werden soll — wir wollen dies die subjektive Voraussetzung der Thätigkeit nennen —; und ferner ein Stück der Außenwelt, auf welches sich die Thätigkeit des Verpflichteten bezieht. Dies kann ein Gegenstand sein, an dem er, oder eine Räumlichkeit, in welcher er thätig werden soll. Das letztere Erfordernis, das für die Thätigkeit notwendige Stück Außenwelt, lässt sich als die objektive Voraussetzung oder auch als das Substrat der Thätigkeit bezeichnen. Es wird niemand leugnen, dass, wenn es sich um die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges handelt, beide Voraussetzungen, die objektive und die subjektive, einander völlig gleichwertig sind. Wenn ein Schwarzkünstler, der seine Schaubude auf einem Jahrmarkt aufgeschlagen hat, tagsüber Billets für die Abendvorstellung verkauft, so ist es in Ansehung der Erfüllung des von ihm eingegangenen Schuldversprechens gleichgültig, ob er am Nachmittag infolge eines Herzschlags stirbt und deshalb die für den Abend angekündigte Vorstellung ausfallen muss, oder ob er zwar am Leben bleibt, aber seine Bretterbude ein Raub der Flammen wird: die Bewirkung der versprochenen Leistung ist in dem einen Falle so gut unmöglich geworden, wie in dem anderen. An der Gleichwertigkeit der subjektiven und objektiven Voraussetzungen ändert sich natürlich dadurch nichts, dass es im einzelnen Falle nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger ist, dem die Beschaffung des für die schuldnerische Thätigkeit notwendigen Substrates obliegt. Wenn sich mein Schneider zur Ausbesserung meines Rockes verpflichtet, so ist für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit der Schneider ebenso wichtig, wie der Rock, und die Leistung ist sowohl unmöglich, wenn der Schneider, noch ehe er an die Reparatur gehen konnte, infolge eines Armbruchs arbeitsunfähig wird, wie wenn der Rock noch vor seiner Instandsetzung zu Hause in meinem Kleiderschrank verbrennt. In letzterem Falle von einer an sich möglichen Leistung zu reden, bei welcher nur der Gläubiger die seinerseits erforderliche Mitwirkung ver-

sagt, wäre ein Verstoß gegen die Denkgesetze. Diese Betrachtungsweise hat vielmehr eine Berechtigung nur so lange, als das Substrat für die vom Schuldner zu entwickelnde Thätigkeit noch existiert, sodass, auch wenn es der Gläubiger im konkreten Falle nicht zu beschaffen vermag, doch immer noch die abstrakte Möglichkeit der Leistung besteht.

Die Konsequenz davon ist: hat der Gläubiger das Substrat für die Thätigkeit des Schuldners zu gewähren, so wirkt Wegfall, oder was dem gleichsteht: Untauglichwerden des Substrates niemals Annahmeverzug, sondern immer Unmöglichkeit der Leistung. Um ersteren hingegen handelt es sich da, wo die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Möglichkeit der Leistung in abstracto sämtlich vorliegen, der Gläubiger aber, sei es nun, weil er nicht will, oder weil er nicht kann, es unterlässt, zwischen ihnen diejenigen Beziehungen herzustellen, die notwendig sind, wenn die abstrakte Möglichkeit zur konkreten Wirklichkeit werden soll.

Wenden wir diese Sätze auf die obigen Beispiele an, so ergiebt sich Folgendes:

In dem Falle, wo die Arbeiter des Morgens zum Dienste antreten, vom Arbeitgeber aber nicht beschäftigt werden können, weil seine Fabrik in der Nacht niedergebrannt ist, oder wo der Maler die Fresken in der Kirche nicht fertigstellen kann, weil selbige eingestürzt ist, fehlt es an dem für die Thätigkeit des Schuldners erforderlichen Substrat, nämlich an dem Raum, in welchem, bezw. an dem Gegenstand, an welchem er arbeiten soll. Darum liegt hier, wenn es auch der Gläubiger ist, der für das Vorhandensein dieser objektiven Voraussetzungen der Leistung zu sorgen hat, Unmöglichkeit der Leistung, nicht Annahmeverzug vor. Das Gleiche gilt, wenn der Küfer den Wein nicht abziehen kann, weil derselbe ausgelaufen ist; oder die gedungene Mannschaft das gestrandete Schiff nicht los machen kann, weil es von selbst flott geworden ist[42].

[42] Hier ist zwar das Substrat der schuldnerischen Leistung, nämlich das Schiff, an welchem der Schuldner thätig werden soll, noch existent, aber in einem für die Thätigkeit des Schuldners untauglichen (weil nicht mehr reparaturbedürftigen) Zustand. So würde es sich z. B. ebenfalls um Unmöglichkeit der Leistung und nicht um Annahmeverzug handeln, wenn

Und nicht anders ist da zu entscheiden, wo der Hauslehrer die Stunden nicht erteilen kann, weil sein Schüler krank geworden ist, oder der Masseur nicht massieren kann, weil der Patient gestorben ist. Denn in den letzteren Fällen ist es die Person des Gläubigers selbst, auf welche der Schuldner in physischer oder intellektueller Beziehung einwirken soll, welche also das Substrat für die von ihm zu entfaltende Thätigkeit darstellt[43]. Und darum liegt auch hier, wenn die Person des Gläubigers versagt, Unmöglichkeit der Leistung, nicht Annahmeverzug vor[44].

die Fabrik nicht niedergebrannt wäre, sondern deswegen nicht in ihr gearbeitet werden könnte, weil sie von der Obrigkeit aus gesundheitspolizeilichen Gründen geschlossen worden ist. (Vgl. Schneider-Fick, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht 2. Aufl. größ. Ausg. S. 282).

[43] Die Person des Gläubigers kann als Substrat für die vom Schuldner vorzunehmende Thätigkeit nicht nur in physischer und intellektueller Beziehung, sondern unter Umständen auch in rechtlicher Beziehung in Betracht kommen. So liegt es z. B. in dem Begriff der Auflassung eingeschlossen, dass sie nicht nur ein Grundstück voraussetzt, welches aufgelassen werden soll, sondern auch einen Jemand, an den aufgelassen werden soll. Ist nun der Gläubiger für diese Rolle untauglich, weil ihm als Ausländer das commercium für den Grundstücksverkehr fehlt (siehe oben bei Anm. 18), so liegt für den Verkäufer des Grundstücks Unmöglichkeit der Leistung, nicht für den Käufer Annahmeverzug vor. — Es mag noch darauf aufmerksam gemacht sein, dass nicht in allen Fällen, wo eine Leistung für die Person des Gläubigers zu bewirken ist, der Körper des Gläubigers als das Substrat für die vom Schuldner vorzunehmende Thätigkeit angesehen werden kann. Es ist dies z. B. nicht der Fall in Ansehung der Kleidungsstücke, die der Schneider für den Gläubiger anzufertigen hat. Hier ist objektive Voraussetzung für die vom Schuldner zu entfaltende Thätigkeit nur der zu bearbeitende Stoff. Darum würde der nach der Bestellung des Anzugs eingetretene Tod des Gläubigers für den Schuldner keine Unmöglichkeit der Leistung bedeuten; vielmehr verfallen die Erben des ersteren, wenn sie den fertig gestellten Anzug nicht annehmen, in mora accipiendi. Beachte auch die §§ 672, 675 B. G. B.

[44] Die Folge ist, dass in den hier aufgezählten Fällen die Arbeiter, der Maler, der Küfer, der Hauslehrer u. s. w. ihren Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung verlieren. Das mag unter Umständen hart erscheinen, lässt sich aber de lege lata nicht ändern. Keinesfalls ist es angängig, lediglich, damit der Schuldner nicht sein Recht auf das Entgelt verliere, zu sagen, dass hier sowohl Annahmeverzug, wie Unmöglichkeit der Leistung gegeben sei: nämlich Unmöglichkeit der Leistung, soweit die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung, Annahmeverzug, soweit die Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung in Frage stehe. So Kohler a. a. O. Eine solche Auffassung verbietet sich durch das oben in Anm. 38

Wäre hingegen die Fabrik nicht abgebrannt, sondern hätte der Unternehmer nur den Betrieb eingestellt, weil ihm sein Unternehmen nicht mehr rentabel erschien, oder weil ein Teil seiner Arbeiter ausständig wurde; oder wäre die Kirche nicht eingestürzt, sondern hätte die Gemeinde nur dem Maler den Zutritt zu ihr verwehrt, vielleicht weil sein Gemälde ihr zu weltlich zu werden drohte; oder wäre das Fass Wein nicht ausgelaufen, sondern hätte es ein Dritter aus dem Keller gestohlen, bezw. auf Grund seines Eigentums dem Gläubiger abgefordert; würde schließlich der Schüler des Hauslehrers nicht krank geworden, sondern zu seinem Vergnügen auf Reisen gegangen sein, so könnte man in keinem der Fälle sagen, dass dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden sei, sondern hier würde es sich allerwärts um Annahmeverzug handeln. Denn es sind hier die objektiven Voraussetzungen, von welchen die Möglichkeit der Leistung abhängt, in abstracto sämtlich gegeben: das Substrat für die schuldnerische Thätigkeit ist überall in natura vorhanden. Und da ferner, wie wir annehmen, die in der Person des Schuldners erforderlichen subjektiven Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, so ist auch die von ihm zu bewirkende Leistung eine „an sich" mögliche; es liegt am Gläubiger, wenn diese abstrakte Möglichkeit sich im konkreten Falle nicht realisiert[45].

Gesagte. — Der Vorschlag Strohals (Jherings Jahrbücher Bd. 33 S. 384 fg.), es solle in Fällen der hier gedachten Art die Tragung der Gefahr davon abhängig gemacht werden, ob der Unfall, der die Leistung unmöglich macht, in der „Sphäre" des Gläubigers oder in der des Schuldners eintritt, ist, wenn auch noch nicht für alle Fälle ausreichend, doch de lege ferenda sehr beachtenswert. In das Gesetzbuch aber hat er keine Aufnahme gefunden. Bisweilen wird hier dem Schuldner sein Anspruch auf die Gegenleistung dadurch erhalten bleiben, dass die Unmöglichkeit der Leistung sich als eine vom Gläubiger verschuldete darstellt, so dass § 324 Abs. 1 Platz greift.

[45] Daraus, dass es sich in den hier gebildeten Beispielen um Annahmeverzug, nicht um Unmöglichkeit der Leistung handelt, ergiebt sich eine wichtige Folgerung für diejenigen Fälle, wo sich ein Unternehmer verpflichtet, je nach seiner Wahl alternativ entweder den Gegenstand X oder den Gegenstand Y für den A zu reparieren. Es kann hier nämlich der Unternehmer den Gegenstand X auch dann wählen, wenn dieser dem A gestohlen, bezw. von einem Dritten evinciert worden ist. Denn da dieses Hindernis in der Person des Gläubigers, wie oben gezeigt, eine „Unmöglichkeit der Leistung" nicht begründet, so tritt auch die in § 265 angeord-

Zum Schlusse sei noch darauf hingewiesen, dass nach dem Inhalt des einzelnen Schuldverhältnisses das Substrat für die vom Schuldner vorzunehmende Thätigkeit so unbestimmt gelassen, bez. so generell bezeichnet sein kann, dass die Leistung von seiten des Substrates her — ähnlich wie die Gattungsschuld — überhaupt nicht, oder doch nur sehr schwer unmöglich werden kann. Kommt es in solchen Fällen dennoch nicht zur Bewirkung der Leistung, so kann dies — die persönliche Fähigkeit des Schuldners und dessen guten Willen immer vorausgesetzt — nur an einem Annahmeverzug des Gläubigers liegen. Zwei Beispiele werden das Gesagte sofort deutlich machen. Für den Opernsänger bedeutet die Bühne, der er sich zu einem Gastspiel verpflichtet hat, den individuell bestimmten Raum, in welchem er auftreten soll. Fällt der Raum weg, weil das Theater abbrennt, bezw. ein im Effekt dem gleichzusetzendes Ereignis eintritt — die Bühne wird wegen Landestrauer geschlossen — so liegt für den Sänger eine Unmöglichkeit der Leistung vor. Wird hingegen von einer Gesellschaft, etwa von einem Flottenverband, oder einer wissenschaftlichen Vereinigung für einen Vortragsabend ein Redner von auswärts engagiert, und ihm dabei mitgeteilt, dass die Versammlung in dem und dem Saale stattfinden werde, so kann man in der Regel nicht sagen, dass dieser Saal das individuell bestimmte Substrat für die Thätigkeit des Schuldners darstellt, und darum seine Leistung als eine unmögliche anzusehen ist, wenn sich der Raum als unbenutzbar erweist. Vielmehr würde hier der betreffende Verein, wenn er dem Redner am Vortragsabend keinen Saal zur Verfügung stellt, unter allen Umständen in Annahmeverzug verfallen, auch wenn das Haus, in welchem der ursprünglich in Aussicht genom-

nete Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die übrigen Leistungen nicht ein. Wählt aber der Schuldner den Gegenstand X, so hat das die Konsequenz, dass die Reparatur dieser Sache die von Anfang an allein geschuldete Leistung ist (vgl. § 263 Abs. 2); dass der Gläubiger somit, wenn er den Gegenstand X dem conductor operis nicht zu gewähren vermag, in mora accipiendi verfällt und darum nach § 642 Abs. 1 zur Entrichtung einer „angemessenen Entschädigung" verpflichtet bleibt. Die Unbilligkeit dieses Resultates kann der Richter dadurch für den Gläubiger weniger fühlbar machen, dass er in solchem Falle eine sehr geringe Summe als „angemessene Entschädigung" erachtet.

mene Sitzungssaal lag, eingestürzt ist. Denn nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses hatte die Gesellschaft nicht sowohl für „diesen“ als überhaupt für „einen“ Saal zu sorgen; „ein“ Saal aber ist in abstracto immer vorhanden. Und ähnlich, wie mit dem Raume, wird es häufig auch mit dem Gegenstand bestellt sein, an welchem der Schuldner thätig werden soll. Auch dieser kann nach dem Inhalt des Vertrags in gewissen Grenzen fungibel gedacht sein. So wird es zwar in manchen Fabriken einzelne Maschinen von so schwieriger Konstruktion geben, dass zu ihrer Bedienung besondere, gelernte Arbeiter erforderlich sind, die darum auch bloß für die betreffende Maschine gedungen werden. Geht dann die letztere unter, so liegt für die Bedienungsmannschaft allerdings ein echter Fall von Unmöglichkeit der Leistung vor. Sind hingegen die Arbeiter einer Fabrik nicht für den Dienst an einer bestimmten Maschine, sondern schlechthin für Maschinenarbeit vom Fabrikherrn gemietet, so wird die Leistung des also Engagierten nicht dadurch unmöglich, dass gerade die Maschine, an welche ihn der Unternehmer gestellt hat, zu funktionieren aufhört. Wie es sich hier auf der einen Seite der einzelne Arbeiter gefallen lassen muss, dass er abwechselnd jeden Tag an einer anderen Maschine der Fabrik beschäftigt wird, so kann hinwiederum der Fabrikherr keinem dieser Arbeiter die Beschäftigung mit der Motivierung verweigern, dass die Maschine, die er bedienen sollte, untergegangen, seine Thätigkeit somit unmöglich geworden sei. Jedenfalls gerät er, wenn er in dieser Weise einen Arbeiter, ohne seine Dienste gebraucht zu haben, nach Hause schickt, in Annahmeverzug; bleibt also nach § 615 des B. G. B. zur Entrichtung des ausbedungenen Lohnes verpflichtet[46].

IV.

Aus dem bisher Gesagten erhellt zur Genüge, dass, selbst wenn im Prozess die thatsächlichen Verhältnisse, die einem Rechtsstreit zu Grunde liegen, durch die Beweisaufnahme

[46] Vgl. zu dem zuletzt Ausgeführten noch Mommsen, Beiträge I S. 59 fg. und H. G. B. § 628 Ziffer 2 u. 3 und Binnenschiffahrtsgesetz § 68 Ziffer 2.

vollkommen klargestellt worden sind, dennoch die Frage, ob diese für den Schuldner eine Unmöglichkeit der Leistung begründen, äußerst strittig sein kann. Darum ist auch die Entscheidung des Richters: die Leistung des Schuldners sei eine unmögliche, weit mehr als eine thatsächliche Feststellung: sie ist ein juristisches Urteil, bedeutet also die Subsumption eines Thatbestands unter einen Rechtsbegriff. Darin liegt ausgesprochen, dass auf die Behauptung, der Unterrichter habe im konkreten Falle zu Unrecht eine Unmöglichkeit der Leistung angenommen, das Rechtsmittel der Revision mit Erfolg gegründet werden kann[47].

Andrerseits wird die Vollwertigkeit eines rechtskräftigen Erkenntnisses nicht dadurch beeinträchtigt, dass es dem Schuldner die Bewirkung einer unmöglichen Leistung auferlegt[48]. Ein solches Urteil kann zwar in der Regel zu einer Naturalexekution nicht führen. Deswegen ist es aber weder nichtig noch unwirksam. Dass es nicht nichtig ist, ergiebt sich aus der Prozessordnung: denn dieser, die allein über die Gültigkeit oder Nichtigkeit eines Urteils zu befinden hat, ist die Möglichkeit der Judicatserfüllung als Voraussetzung der Urteilsgültigkeit unbekannt[49]. Und dass es nicht wirkungslos ist, folgt aus § 283 des B. G. B., wonach jedes rechtskräftige Erkenntnis, auch das auf eine unmögliche Leistung gerichtete, für den Gläubiger wertvoll bleibt, weil er aus ihm unmittelbar einen Interesseanspruch gegen den Schuldner ableiten kann[50].

[47] Vgl. Entscheid. des Obersten Landesgerichts für Bayern in Sachen des Civilrechts und Civilprozesses Bd. 8 S. 599.

[48] Ein auf eine unmögliche Leistung lautendes Urteil kann sehr leicht dadurch zu stande kommen, dass die Parteien selbst von der Unmöglichkeit nichts wissen und darum gar keine Veranlassung haben, sie im Prozess zur Sprache zu bringen.

[49] In der preußischen Praxis hat man allerdings einmal den Versuch gemacht, in Anlehnung an den § 51 A. L. R. I, 5 die Ungültigkeit eines solchen Urteils auszusprechen. Vgl. Striethorsts Archiv Bd. 6 S. 16; Rehbein, Entscheid. des Obertribunals I 2. Aufl. S. 324. Und neuerdings hat sogar das Reichsgericht in einem im Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 6 S. 567 mitgeteilten Erkenntnis den Satz aufgestellt: „Ein solches (nämlich auf eine unmögliche Leistung gerichtetes) Urteil darf nicht erlassen werden, weil es nichtig sein würde.“ Davon kann in Wahrheit keine Rede sein.

[50] Der § 283 würde, wie unten in § 7 unter II gezeigt werden soll,

Eine Frage ganz anderer Art ist es natürlich, ob der Richter, wenn die Unmöglichkeit der Leistung im Prozess offenbar geworden ist, nach B. G. B. den Schuldner überhaupt noch, bezw. ob er ihn zu der unmöglichen Leistung verurteilen darf. Diese Frage, die sich mit den civilrechtlichen Wirkungen befasst, welche die Unmöglichkeit der Leistung auf das Schuldverhältnis ausübt, steht jetzt noch nicht zur Beantwortung. An sie können wir erst herantreten, wenn wir die verschiedenen Arten von unmöglichen Leistungen, die das Gesetzbuch unterscheidet, im Folgenden etwas näher ins Auge gefasst haben.

2. Totale und teilweise Unmöglichkeit.

§ 2.

Wie jedes Geschehen in der Welt, so spielt sich auch die Leistung des Schuldners in Raum und Zeit ab. Beide sind, wenn auch im einzelnen Falle vielleicht in noch so weiten Grenzen gehalten, doch immer durch den Inhalt des Schuldverhältnisses in erkennbarer Weise fixiert. Es giebt keine Leistungen, die „irgendwo“ und „irgendwann“ zu prästieren wären. Somit können wir bei jeder Leistungspflicht drei verschiedene Seiten unterscheiden: die zeitliche, die örtliche und die, den spezifischen Inhalt der Leistung darstellende gegenständliche. Wenn z. B. jemand hundert Centner russischen Weizen ultimo Mai nächsten Jahres in Berlin zu liefern hat, so sind die hundert Centner Getreide die gegenständliche Seite der Leistung; die Thatsache, dass letztere für den kommenden 31. Mai versprochen worden ist, stellt ihre zeitliche, und der Umstand, dass Berlin als Erfüllungsort vereinbart worden ist, ihre räumliche Seite dar. Es kann nun eine Leistung nach allen drei Richtungen hin unmöglich werden, so dass sie nie und nirgends bewirkt werden kann. Dann handelt es sich selbstverständlich um eine totale Unmöglichkeit der Leistung.

einen seiner Hauptzwecke verfehlen, wenn man jedes Urteil, das den Schuldner zu einer unmöglichen Leistung kondemniert, für nichtig halten wollte.

So liegt die Sache, wenn der Schuldner, der in Person zu leisten hat, gestorben, oder der Leistungsgegenstand untergegangen, z. B. das zu liefernde Pferd verendet ist. Es kann aber auch eine Leistung nur in einer einzelnen der gedachten Beziehungen unmöglich werden. So z. B. lediglich in Ansehung der Zeit: der Schuldner kann zwar nicht am 1. Januar, aber vielleicht am 1. Juli erfüllen; zwar nicht in der Woche, in der ausgemacht war, aber in der darauf folgenden, nicht an dem vereinbarten, aber wohl am nächsten Tage leisten. Diese Konstellation liegt vor in den zahlreichen Fällen der vorübergehenden Unmöglichkeit der Leistung: z. B. der Schuldner ist momentan durch Krankheit an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit verhindert; oder die zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Transportmittel versagen für den Augenblick ihren Dienst[1]. Die Unmöglichkeit kann sich sodann auch lediglich auf die räumliche Seite der Leistung beschränken: der Schuldner kann zwar den versprochenen Gegenstand leisten, er kann ihn auch zur richtigen Zeit liefern, aber nicht am vereinbarten Orte, weil er infolge eines Ausfuhrverbots seines Staates nur innerhalb seiner Grenzen, nicht, wie es ausbedungen war, jenseits derselben zu erfüllen vermag. Und endlich: der Schuldner kann die Sache zur richtigen Zeit und am richtigen Orte, aber nicht mit den Eigenschaften liefern, die sie nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses haben soll: dann ist die Leistung lediglich in gegenständlicher Beziehung unmöglich.

[1] Nicht hierher gehören diejenigen Fälle, wo die ursprünglich stipulierte Leistung dauernd unmöglich geworden ist und später an ihrer Stelle eine „ähnliche“ Leistung möglich wird. Es kauft z. B. jemand das Füllen der Stute Bellona. Dieses verendet noch vor der Übergabe; die Stute wirft aber später ein zweites Füllen. Hier ist, wenn sich nicht aus den Abmachungen der Parteien etwas Anderes ergiebt, weder der Schuldner zur Leistung des letzteren, noch der Gläubiger zur Abnahme desselben verpflichtet. Denn das zweite Füllen stellt im Vergleich zum ersten nicht die nachträglich möglich gewordene Leistung, sonden eine alia res dar. Ebenso verhält es sich, wenn ein verkauftes Gebäude vollständig niederbrennt, und später an Stelle desselben ein anderes aufgeführt wird. Ob bei der Wiederherstellung eines teilweise beschädigten Hauses das wiederhergestellte mit dem früheren identisch ist, oder ob es nicht vielmehr infolge der an ihm vorgenommenen Veränderungen ebenfalls als alia res zu gelten hat, ist eine quaestio facti, die sich nur in jedem einzelnen Falle auf Grund der konkreten Umstände beantworten lässt.

Tritt nun ein solcher Fall ein, in welchem die Leistung des Schuldners nur von einer einzelnen ihrer drei Seiten her unmöglich wird, so hängt der Einfluss, den eine derartige, nur in einer bestimmten Richtung sich geltend machende Unmöglichkeit auf die Leistungspflicht des Schuldners ausübt, von dem Verhältnis ab, in welchem die einzelnen Seiten der Leistung zu deren Gesamtinhalt stehen. Es ist darum notwendig, dieses Verhältnis des näheren festzustellen.

1. Was zunächst die zeitlichen Beziehungen der Leistung angeht, so ist zu sagen:

a) Im Wesen der Zeit liegt es, dass, wenn sie einmal verstrichen ist, sie durch keine Macht der Welt wieder zurückgerufen werden kann. Daraus folgt, dass der Schuldner, der nicht in dem Zeitpunkt leistet, in welchem er nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu leisten hat, seiner Leistungspflicht in vollem Umfang überhaupt nicht mehr nachkommen kann; m. a. W. die Leistung, die im Moment der Fälligkeit nicht bewirkt wird, ist eine vollständig mögliche bereits nicht mehr[2].

b) Nun kann nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses der Leistungszeit eine so wesentliche Bedeutung innewohnen, dass eine Leistung zu einer anderen, als der ausbedungenen Zeit überhaupt keine Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses ist. Hat der Schuldner in solchem Falle die in Betracht kommende Zeit vorüberstreichen lassen, ohne zu leisten (einerlei, ob er während derselben nicht leisten konnte oder nicht leisten wollte), so ist die Leistung gänzlich und für immerdar un-

[2] Wenn hier schlechthin von der Fälligkeit der Leistung als dem ausschlaggebenden Zeitpunkt gesprochen wird, so sind dabei als Regelfälle diejenigen ins Auge gefasst, wo die Zeit der Leistung kalendermäßig bestimmt ist, bezw. sich wenigstens kalendermäßig berechnen lässt. Vgl. § 284 Abs. 2 B. G. B. Andernfalls, d. h. überall da, wo die Zeit der Leistung den Umständen zu entnehmen ist, bezw. wo die Leistung sofort mit der Entstehung des Schuldverhältnisses fällig wird (vgl. § 271 Abs. 1), hat bei den folgenden Betrachtungen an die Stelle des Zeitpunkts der Fälligkeit der Zeitpunkt der Mahnung zu treten. Dies macht sich notwendig mit Rücksicht auf § 284 Abs. 1. Denn vor dem Zeitpunkt, in welchem der Schuldner bei culposer nicht rechtzeitiger Leistung in Verzug gerät, lässt sich nicht gut sagen, dass die Leistung ihm wegen Zeitablaufs nicht mehr in vollem Umfang möglich sei.

möglich geworden; es handelt sich dann um totale Unmöglichkeit der Leistung. Ob dem Zeitmoment eine so wesentliche Bedeutung beizumessen ist, oder nicht, ist reine Thatfrage und hängt, wie gesagt, von dem Inhalt des einzelnen Schuldverhältnisses ab. Die Parteien können ausdrücklich eine dahingehende Vereinbarung treffen, indem sie der Leistungszeit einen dem entsprechenden Zusatz beifügen, wie etwa :„lieferbar innerhalb der bestimmten Frist“, oder „genau zu der angegebenen Zeit“, oder „nicht später als ausgemacht“, oder „gerade an dem und dem Tage“[3]. Der Charakter des Fixgeschäfts kann sich aber unter Umständen aus der Natur der Leistung von selbst ergeben. Bestelle ich mir bei einem Konditor Eis zu einem Diner auf abends 8 Uhr, so ist diese Leistung, von geringen Differenzen abgesehen, nur um diese Stunde möglich. Jedenfalls würde es keine Erfüllung des Schuldverhältnisses mehr sein, wenn mir der Konditor das Eis am andern Morgen um 9 Uhr schicken wollte. Und verpflichtet sich jemand mir gegenüber, eine bestimmte Handlung in einem bestimmten Augenblick nicht vorzunehmen, und nimmt er sie gerade in diesem Moment vor, so hat er selbst seine Leistung für immer unmöglich gemacht, und es verschlägt nichts, ob er hinterher die betreffende Handlung Jahre lang unterlässt.

c) In der Mehrzahl aller Fälle ist aber die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht dergestalt an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden, dass sie mit dessen Ablauf gänzlich unmöglich wird. Für gewöhnlich lässt vielmehr der Inhalt des Schuldverhältnisses auch eine nachträgliche Leistung zu. Dann be-

[3] Dabei lassen sich echte und unechte Fixgeschäfte unterscheiden. Unter einem echten Fixgeschäft verstehe ich ein solches, wo nicht nur der Gläubiger berechtigt ist, die verspätete Leistung als eine im Sinne des Schuldverhältnisses unmögliche Leistung zurückzuweisen, sondern wo auch der Schuldner befugt ist, die nachträgliche Leistung aus demselben Grunde zu verweigern; wo sich also beide Parteien auf den Fix-Charakter des Geschäftes berufen können. Ein „unechtes“ oder, wie man es auch nennen könnte, ein „hinkendes“ Fixgeschäft würde dann vorliegen, wenn der Gläubiger das Recht hat, nach seiner Wahl entweder die verspätete Erfüllung als eine unmögliche abzulehnen, oder auf der nachträglichen Lieferung zu bestehen. Von Fixgeschäften der letzteren Art ist in § 376 Satz 2 des H. G. B. die Rede.

deutet die Nichtleistung am Tage der Fälligkeit nicht, wie unter b) eine totale, sondern zunächst nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung, teilweise nämlich in Ansehung der Zeit. Ist also der Schuldner, der es bis dahin nicht war, nach Eintritt der Fälligkeit zu leisten im stande, oder wird er, während er ursprünglich nicht erfüllen wollte, später zur Erfüllung noch willens, so kann er den möglichen Teil der Leistung, d. h. hier die nachträgliche Leistung noch bewirken. Das ist aber nicht so zu verstehen, als könnte jedes Schuldverhältnis, dem kein Fixgeschäft zu Grunde liegt, in alle Ewigkeit hinein erfüllt werden. Wie schon eingangs gesagt wurde: es giebt keine Obligationen, bei denen die Leistung „irgendwann" zu prästieren ist. Vielmehr tragen auch diejenigen Verbindlichkeiten, die an sich eine nachträgliche Erfüllung zulassen, eine zeitliche Leistungsgrenze in sich. Ist diese erreicht, so kann eine spätere Leistung auch hier nicht mehr als Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses angesehen werden, m. a. W. die Leistung ist dann gleichfalls durch Zeitablauf gänzlich unmöglich geworden. Wo diese Grenze zu ziehen ist, bestimmt sich wiederum in erster Linie nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses; wenn dieser aber dafür keinerlei Anhaltspunkte gewährt, nach den Anschauungen des Verkehrs[4]. Allgemeine Regeln lassen sich darüber kaum auf-

[4] Vgl. z. B. die Entscheidung des R. O. H. G. in Bd. 4 S. 174, wo es heißt: „Natur und Zweck des konkreten Vertragsverhältnisses müssen darüber entscheiden, ob das objektiv aufgefasst nur zeitweilige Hindernis als ein dauerndes zu behandeln sei"; und die Entscheidung desselben Gerichtshofs in Bd. 10 S. 294 fg., wo gesagt wird: „Eine Gleichstellung der nur zeitweiligen Unmöglichkeit der Erfüllung mit der absoluten oder dauernden Unmöglichkeit, welche eine Befreiung des Verpflichteten bewirkt, könne nur gerechtfertigt sein für die wahren Fixgeschäfte. Bei gewöhnlichen Kaufverträgen komme es darauf an, ob die Verhinderung so geraume Zeit angehalten habe, dass die nachträgliche Erfüllung .... des Vertrags sich mit der mutmaßlichen Absicht der Parteien bei dessen Errichtung nicht vertrage." Sehr häufig wird es namentlich bei Erlass von Ausfuhr-, Einfuhr- oder Durchfuhrverboten sein, dass eine Leistung, deren Bewirkung infolge dieser Verbote im Moment der Fälligkeit nicht möglich war, später nach Aufhebung derselben vom Schuldner als nachträgliche dem Gläubiger angeboten wird. Ob sie dann im Sinne des Schuldverhältnisses noch als eine mögliche anzusehen ist oder nicht, richtet sich danach, ob die im Text gedachte Grenze zur Zeit der Auf-

stellen. Nur das eine dürfte zu sagen sein, dass man hier Gläubiger und Schuldner nicht mit gleichem Maße messen kann. Es ist sehr wohl denkbar, dass man dem Gläubiger, wenn ihm der Schuldner eine, erst geraume Zeit nach der Fälligkeit möglich gewordene Leistung anbietet, gestattet, diese Leistung als eine im Sinne des Schuldverhältnisses nicht mehr mögliche zurückzuweisen, während man dem Schuldner in gleichem Falle, wenn der Gläubiger die nachträglich möglich gewordene Leistung verlangt, die Befugnis nicht einräumen würde, die Bewirkung der Leistung, mit Berufung darauf, dass sie durch Zeitablauf unmöglich geworden sei, zu verweigern. Es ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass sich unter Umständen auch einmal der Schuldner dieser Einwendung bedienen darf. So insbesondere, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die regelmäßig nur mit Rücksicht auf die augenblicklichen Konjunkturen des Marktes abgeschlossen werden. Ist hier der Schuldner zur Zeit der Fälligkeit der Forderung außer stande, die Leistung zu bewirken, so kann ihm nicht zugemutet werden, wenn die Leistung nach längerer Zeit unter gänzlich veränderten Verhältnissen möglich wird, sie dem Gläubiger noch gegen das ursprünglich vereinbarte Entgelt zu prästieren. Vielmehr ist hier die zeitliche Grenze, bis zu welcher die Erfüllung des Schuldverhältnisses möglich ist, auch zu Gunsten des Schuldners zu ziehen[5]. Und dasselbe müsste

hebung der Verbote schon erreicht ist. Vgl. den von Hartmann in Jherings Jahrbüchern Bd. 22 S. 492 mitgeteilten Rechtsfall aus der schweizerischen Praxis.

[5] Ein hierher gehöriger Fall findet sich in Seufferts Archiv Bd. 45 No. 176 (Bolzes Praxis Bd. 8 No. 185). Ein Mühlenbesitzer hat 100 Sack von dem in seiner Mühle herzustellenden Weizenmehl zum Preise von 21 ℳ 40 ₰ zu liefern versprochen. Die Mühle ist ganz abgebrannt und erst nach 7—8 Monaten wieder hergestellt worden. Abweichend vom Berufungsgericht hat hier das Reichsgericht mit Recht entschieden, dass in einem Geschäftsbetrieb dieser Art die von seiten beider Kontrahenten auf die Konjunkturen berechneten Geschäfte auf Lieferung von Weizenmehl zum Vorteil oder Nachteil des Einen oder Anderen in ihrem Zweck und Ergebnissen ganz wesentlich geändert werden könnten, wenn der Beklagte für verpflichtet zu erachten wäre, nach Ablauf einer so erheblichen Zeit aus neu anzukaufendem Material die kontraktlich früher zu liefernde Ware noch jetzt herzustellen, und zu den kontraktlichen Bedingungen zur Verfügung des Lieferungsberechtigten zu halten“. Vgl. zu diesem

gelten, wenn es sich um Leistungen handelt, deren Bewirkung auf seiten des Schuldners eine Reihe schwieriger Vorbereitungen oder die Bereitstellung eines großen Apparats von Hülfsmitteln erfordert. Auch hier kann man vom Schuldner nicht verlangen, dass er, wenn er im entscheidenden Zeitpunkt wegen Untauglichkeit des Leistungsgegenstands nicht erfüllen kann, trotz aller Unkosten, die daraus entstehen, auf das für später zu erhoffende Möglichwerden der Leistung wartet. —

Wie auf der einen Seite jede Leistung für immer unmöglich geworden ist, sobald einmal die zeitliche Grenze, bis zu welcher allein die nachträgliche Leistung noch als Erfüllung der Schuldverbindlichkeit angesehen werden kann, überschritten ist, so hat auf der andern Seite jede Leistung, die noch innerhalb dieser Grenze möglich wird, auch als Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses zu gelten. Einerlei ist es, ob der Wegfall der Unmöglichkeit von vornherein mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, bezw. sich hinterher als die Folge eines regelmäßigen Verlaufes der Dinge darstellt, oder ob er ursprünglich außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag und nur durch ungewöhnliche, zufällige, regelwidrige Ereignisse herbeigeführt wurde. Auch in letzterem Falle hat der Schuldner die rechtzeitig möglich gewordene Leistung zu bewirken[6]. Daraus

Urteil: Kuhlenbeck, die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts in der Jurist. Wochenschrift Bd. 27 (Jahrgang 1898) S. 134 fg; und die neuerdings erlassene, in Seuff. Archiv Bd. 54 No. 81 publizierte Entscheidung desselben Gerichtshofs.

[6] Einen grundsätzlich anderen Standpunkt vertritt für das gemeine Recht Mommsen. Im Anschluss an einige, in ihrer Motivierung z. T. wenig glückliche Quellenentscheidungen (vgl. vor allem § 2 J. 3, 19; l. 67 D. de evict. et dupl. stip. 21, 2; l. 83 § 5 D. de verb. oblig. 45, 1; l. 98 § 8 D. de solut. 46, 3) hat er den Satz aufgestellt, dass bei nachträglichem Wegfall der Unmöglichkeit die möglich gewordene Leistung für das Schuldverhältnis nur dann in Betracht kommen könne, wenn die zeitweise Unmöglichkeit nicht die Folge eines Zustandes war, dem „an sich die Eigenschaft der Kontinuität“ zukam. Vgl. Beiträge I S. 142 ff. und 291 ff. Der Mommsen'schen Ansicht hat sich dann Windscheid angeschlossen: Pand. II § 360 Ziffer 2; und sie hat auch Eingang in die Judikatur gefunden: siehe z. B. das Urteil des Reichsgerichts in Bd. 5 seiner Entschn. S. 279 und das des Obersten Landes-Gerichts f. Bayern in Bd. 7 seiner Sammlung S. 727. Sogar im Planck'schen Kommentar zum B. G. B. sind Anklänge an diese Lehre zu verspüren (II S. 53, § 280 unter 2).

folgt, dass, solange wie die Möglichkeit der Leistung noch nicht völlig ausgeschlossen ist, der Gläubiger auch nicht im stande ist, irgend einen von den Ansprüchen geltend zu machen, welche die totale Unmöglichkeit der Erfüllung zur Voraussetzung haben. Jedenfalls handelt der Schuldner, der solche Ansprüche früher befriedigt, als bis die gänzliche Unmöglichkeit der Leistung feststeht, auf seine Gefahr[7]. —

Die Unsicherheit, die für die am Schuldverhältnis Beteiligten einmal darin liegt, dass die zeitliche Grenze, bis zu welcher von einer nachträglichen Leistung gesprochen werden kann, in der Regel äußerst flüssig ist; und die sich ferner

Sie ist aber nicht haltbar. Nach Mommsen soll z. B. dem Eigentum der Charakter der Kontinuität innewohnen, dem bloßen Besitz hingegen nicht (a. a. O. S. 292 Anm. 7). Diese Behauptung ist schon für das gemeine Recht bedenklich; für das heutige Recht, nach welchem Eigentum viel rascher erworben und verloren werden kann, als nach römischen Rechte, führt sie zu gänzlich unhaltbaren Resultaten. Man denke sich den Fall: Der Erbe eines Kommodatars oder Depositars verkauft in Unkenntnis des Eigentums des Kommodanten bezw. Deponenten die geliehene bezw. hinterlegte Sache. Der Dritte, der in gutem Glauben kauft, wird nach B. G. B. Eigentümer der Sache. Es wird also nach M. ein Zustand geschaffen, „dem die Eigenschaft der Kontinuität zukommt". Kauft jetzt der Erbe, nachdem er seines Irrtums gewahr geworden ist, die Sache zurück, so braucht er sie nach der hier bekämpften Ansicht keineswegs an den Kommodanten zurückzugeben, sondern er kann sie, wenn er nun Gefallen an ihr findet, ruhig für sich behalten. Denn mit der rei vindicatio kann der Kommodant bezw. Deponent nicht vorgehen: Eigentümer jener Sache ist jetzt der Erbe, der sie vom Berechtigten käuflich erworben hat. Aber auch mittelst der actio commodati bezw. depositi könnten jene weder die Sache selbst zurückbekommen, noch Schadenersatz verlangen; denn der Erbe würde exzipieren: „Damals, als ich die Sache verkaufte, war ich nicht in culpa. Durch den Verkauf aber ist ein »von Natur aus kontinuierlicher» Zustand geschaffen worden, der die Möglichkeit der Leistung für immer ausschließt." — Wäre hingegen dem Erben die Sache gestohlen worden so dass mit ihr kein Eigentums- sondern ein bloßer Besitzwechsel stattgefunden hätte, so müsste sie der Erbe nach der M.'schen Lehre, falls er sie wieder in seinen Gewahrsam bekäme, an den Kommodanten bezw. Deponenten zurückstellen. Dass eine unterschiedliche Behandlung dieser Fälle keinen Sinn hat, liegt auf der Hand. Das B. G. B. hat denn auch an der einzigen Stelle, wo es sich mit dem späteren Wegfall einer früher vorhandenen Unmöglichkeit beschäftigt, nämlich in § 308, nichts davon erwähnt, dass dieser Wegfall nicht in Widerspruch mit dem „kontinuierlichen Charakter" des gewesenen Zustandes stehen dürfe. Vgl. unten § 11 unter I 1 c.

[7] Das Nähere in § 8 der Darstellung, am Schlusse von I und II. Beachte auch § 4 Anm. 17 und § 7 Anm. 52.

daraus ergiebt, dass selbst da, wo sich die Grenze mit absoluter Bestimmtheit ziehen lässt, immer noch der Zweifel übrig bleibt, ob die Leistung auch wirklich vor Ablauf des gedachten Zeitpunkts möglich werden wird, diese Unsicherheit hat das Gesetzbuch für eine Reihe von Fällen teils dadurch zu beseitigen gesucht, dass es bei einzelnen Schuldverhältnissen dem Gläubiger gegenüber der zeitweisen Unmöglichkeit der Leistung dieselben Rechte wie gegenüber der dauernden zugesprochen hat[8]; teils dadurch, dass es unter gewissen Voraussetzungen dem Gläubiger die Befugnis verliehen hat, dem säumigen Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine „angemessene“ Frist mit der Wirkung zu setzen, dass nach deren fruchtlosem Ablauf sich weder der Schuldner mehr durch Naturalerfüllung befreien, noch der Gläubiger solche verlangen kann[9]. Zwar scheint es nicht, als ob durch das letztere Mittel die Grenzziehung, von der bisher die Rede war, entbehrlich gemacht würde. Denn greift der Gläubiger zu ihm, so steht ja nunmehr wieder die Frage zur Beantwortung: welches ist in konkretem Falle die zur Nachleistung „angemessene“ Frist? Indessen ist diese Frist nicht identisch mit der Frist, die dort in Betracht kommt, wo es gilt, den Zeitpunkt zu finden, bis zu welchem die nachträgliche Leistung noch als Erfüllung des Schuldverhältnisses angesehen werden kann. Die erstere Frist unterscheidet sich von der letzteren dadurch, dass bei ihrer Berechnung lediglich auf die Person des Schuldners zu rücksichtigen ist. Für ihre „Angemessenheit“ ist maßgebend einmal die Zeit, die seit Übernahme der Leistungspflicht verstrichen ist, die also der Schuldner zur Bewirkung der Leistung thatsächlich gehabt hat, und sodann die Zeit, die durchschnittlich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit der in Frage stehenden Art erforderlich ist. Mit Hülfe dieser beiden Faktoren, von denen der eine bekannt ist, der andere durch Sachverständige sich ermitteln lässt, wird es im einzelnen

[8] Das Nähere darüber unten im 4. Kapitel: vgl. § 14 der Darstellung unter 4 d α und § 16 unter 3 b.

[9] Es kommen hier insbes. die §§ 283 und 326 in Betracht. Beachte auch § 354 und § 542.

Falle ein Leichtes sein, die „angemessene“ Nachfrist ausfindig zu machen. Jedenfalls ist die Grenze hier weit weniger flüssig, als da, wo es sich um die Beantwortung der viel schwierigeren Frage handelt: bis zu welchem Zeitpunkt lässt sich nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bezw. nach den Anschauungen des Verkehrs die nachträgliche Leistung noch als ein Teil des ursprünglichen Leistungsinhalts betrachten[10]? —

Zum Schlusse mag noch darauf hingewiesen sein, dass von den unter b) und c) besprochenen Fällen, wo die Leistung durch Ablauf der für sie in Frage kommenden Zeit für immer unmöglich geworden ist, diejenigen begrifflich zu scheiden sind, wo der Inhalt des Schuldverhältnisses bezw. die Anschauungen des Verkehrs eine nachträgliche Leistung an sich zulassen, die nachträgliche Leistung aber, ohne dass dies aus der Obligation ersichtlich ist, für den Gläubiger keinen Wert besitzt[11]. Dort handelt es sich um totale, hier bloß um teilweise Unmöglichkeit der Leistung; und der Umstand, dass der Gläubiger an dem möglichen Teile der Leistung, d. h. an ihrer nachträglichen Bewirkung kein Interesse hat, wird zwar

[10] Bedient sich der Gläubiger in den Fällen, wo die Voraussetzungen dafür vorliegen, des Rechtsbehelfs der Fristsetzung, so ist nicht erforderlich, dass er dem Schuldner eine in Tagen genau bestimmte Frist setzt, sondern es genügt, dass er überhaupt zu erkennen giebt, er wolle von der ihm verliehenen Befugnis zur Fristsetzung Gebrauch machen. Er kann also z. B. lediglich eine „angemessene Nachfrist“ setzen. Giebt man dies zu — und in der Litteratur herrscht darüber kaum Streit — so ist es nur folgerichtig, wenn man da, wo der Gläubiger eine in Tagen fixierte, aber unangemessene Frist setzt, stillschweigend an ihre Stelle die nicht gesetzte angemessene Frist treten lässt. Hierüber aber gehen die Meinungen auseinander. Das Nähere unten bei der Besprechung des § 283; vgl. § 7 der Darstellung, Text und Anm. 50.

[11] Bei einem Uniformschneider bestellt ein ihm unbekannter X eine Offiziersuniform. X selbst ist nicht Offizier, sondern braucht die Uniform nur für eine Aufführung, bei der er als Leutnant mitwirken soll. Der Schneider, der von alledem nichts weiss, verspricht die Uniform am 2. Oktober zu liefern. Die Aufführung ist am 4. Oktober; der Schneider liefert erst am 6., so dass X sich genötigt sieht, die erforderlichen Kleidungsstücke für den betreffenden Abend zu borgen. Hier liegt ein Fall vor, wo die nachträgliche Leistung für den Gläubiger zwar keine Leistung mehr ist, während sich nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bezw. nach den Anschauungen des Verkehrs die Leistung sehr wohl als eine nachträglich bewirkbare darstellt.

bisweilen, aber durchaus nicht immer von der Rechtsordnung berücksichtigt[12]. —

d) Endlich sei noch des Verhältnisses gedacht, in welchem der im Gesetzbuch wiederholt auftauchende Begriff des Leistungsverzuges zu dem Begriff der Unmöglichkeit der Leistung steht. Verzug leitet sich ab von „verziehen", was im intransitiven Sinne soviel wie „säumig sein" bedeutet. Daraus ergiebt sich erstens, dass der Verzug des Schuldners die Verpflichtung desselben zu einer Handlung voraussetzt; er leidet also keine Anwendung auf diejenigen Fälle, wo die Schuldverbindlichkeit lediglich in einer Unterlassung besteht. Letzterer gegenüber kann man nur von einer Zuwiderhandlung, nicht von einer „Saumseligkeit" sprechen. Sodann ergiebt sich aus der Etymologie des Wortes, dass der Begriff des Verzuges eine Handlung des Schuldners erfordert, die noch aussteht, deren Vornahme also an sich noch denkbar ist. Denn ist letzteres nicht mehr der Fall, sondern ist die Handlung für immer unmöglich geworden, so lässt sich, wenigstens wenn man sich nicht abusiv ausdrücken will, nicht mehr sagen, dass der Schuldner mit ihrer Bewirkung „verzieht" oder „zögert". Rechnen wir zu den sich aus der Natur der Sache ergebenden Merkmalen diejenigen Erfordernisse hinzu, die dem Begriff „Verzug" kraft positiven Rechtes eignen, so gewinnen wir als Resultat: der Schuldner gerät in Verzug, wenn die ihm obliegende Handlung bei Eintritt der Fälligkeit resp. nach geschehener Mahnung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstands, der aber die Möglichkeit der nachträglichen Leistung nicht ausschließt, unterbleibt. Da nun aber zur vollständigen Erfüllung einer Verbindlichkeit auch deren rechtzeitige Erfüllung gehört, da ferner die Rechtzeitigkeit einer Handlung, wenn einmal verabsäumt, nie mehr nachgeholt werden kann (vgl. oben unter a), so lässt sich der Verzug auch definieren als „eine vom Schuldner zu vertretende teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit"[13].

[12] Vgl. unten § 8 unter I und II.

[13] Dass der Verzug in Wahrheit nichts weiter ist, als ein besonderer Fall von teilweiser Unmöglichkeit der Leistung, zeigt sich am besten, wenn man die §§ 280 Abs. 2 und 286 Abs. 2, ferner 325 und 326 des B. G. B.

Außer in dieser technischen Bedeutung, in welcher das Gesetzbuch den Begriff des Verzuges in den §§ 284 ff. und 326 verwendet, gebraucht es denselben auch noch in einer untechnischen Weise, indem es sich mitunter des Wortes „Verzug“ bedient, lediglich um die Thatsache einer vom Schuldner zu vertretenden Nichtleistung auszudrücken, ohne Rücksicht darauf, ob die Leistung als eine nachträgliche noch möglich ist, oder nicht. Dies thut es z. B. in § 339 Satz 1, wo es bestimmt, dass die Vertragsstrafe verwirkt sein soll, „wenn der Schuldner in Verzug kommt“. In diesem weiteren Sinne begreift dann der Verzug sowohl Fälle von nicht rechtzeitiger, wie Fälle von total unmöglicher Leistung in sich[13a].

2. Ist dem Schuldner die Leistung in örtlicher Beziehung unmöglich — es handelt sich um die pünktliche Erfüllung eines Fixgeschäfts und der Schuldner kann am Stichtag infolge Versagens von Transportmitteln nicht, wie es ausgemacht war, am Wohnort des Gläubigers, sondern nur am eigenen Domizil leisten — so ist ebenfalls dem Inhalt des Schuldverhältnisses bezw., falls dieser einen Aufschluss nicht gewährt, den Anschauungen des Verkehrs zu entnehmen, ob

miteinander vergleicht. Wenn Dernburg a. a. O. S. 152 Anm. 3 die obige Begriffsbestimmung des Verzuges, die sich auch bei Planck II S. 64 unter 1 findet, eine „merkwürdige“ nennt, „weil doch auch derjenige in Verzug komme, der leisten kann, aber böswillig nicht leistet“, so übersieht er, dass derjenige, der die Bewirkung der Leistung böswillig unterlässt, damit ihre rechtzeitige Bewirkung für immer unmöglich macht. — Übrigens hat die teilweise Unmöglichkeit der Leistung, die sich lediglich als Folge der nicht pünktlichen Leistung darstellt, die Eigentümlichkeit, dass der Gläubiger, wenn er sich auf sie beruft, niemals den Beweis für ihr Vorhandensein zu erbringen hat. Denn sie ist bewiesen, sobald feststeht, dass die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt worden ist. Den Nachweis der rechtzeitigen Erfüllung aber hat nach allgemeinen Grundsätzen der Schuldner zu führen. Es wird darum der Gläubiger selbst da, wo eine Leistung total unmöglich geworden ist, unter Umständen gut thun, sich nicht sowohl auf die Unmöglichkeit der Leistung, als lediglich auf die Nichtleistung zu berufen, weil sich dadurch die Beweislastverteilung zu seinen Gunsten verschiebt. Vgl. unten § 9 I 4 und Anm. 39; § 14 unter 4 e und § 16 unter 3 c.

[13a] Im übrigen ist es nach dem argumentum a maiori selbstverständlich, dass Befugnisse, die dem Gläubiger schon für den Fall der nicht pünktlichen Leistung verliehen sind, ihm erstrecht zustehen, wenn die Leistung total unmöglich geworden ist.

die Leistung am anderen, als dem vereinbarten Orte noch als Teil des ursprünglichen Leistungsinhalts angesehen werden kann oder nicht. Ersterenfalls bedeutet die örtliche Unmöglichkeit eine teilweise, letzterenfalls eine totale Unmöglichkeit der Leistung. Nach den unter 1) gegebenen Ausführungen bedarf dieser Satz keiner weiteren Erklärung.

3. Schließlich greift derselbe Gesichtspunkt auch da Platz, wo lediglich die gegenständliche Seite der schuldnerischen Verbindlichkeit von der Unmöglichkeit der Leistung getroffen wird. Es sind dies, wie eingangs bemerkt wurde, die Fälle, wo der Schuldner zwar nicht alles, aber doch, wenigstens äußerlich betrachtet, etwas von dem, was er leisten soll, prästieren kann. Auch hier hängt es lediglich vom Inhalt der in Frage stehenden Obligation resp. von der Verkehrsauffassung ab, ob das unzulängliche Leistenkönnen des Schuldners eine gänzliche oder nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung bedeutet. Allgemeine Regeln für die Beantwortung der Frage lassen sich hier ebenso wenig, wie unter 1) aufstellen[14]. Aber einige Beispiele werden zur Veranschaulichung des Gesagten beitragen.

In aller Regel ist demjenigen, der ein Lebewesen zu leisten hat, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit total unmöglich geworden, wenn das betreffende Tier zu leben aufgehört hat.

[14] Dass sich die Frage eventuell in ein und demselben Falle verschieden beantwortet, je nach dem es der Gläubiger oder der Schuldner ist, der die unzulängliche Leistung der gänzlichen Nichtleistung gleichgesetzt wissen will, darauf ist schon oben unter 1 c hingewiesen worden. Hier sei noch die weitere Bemerkung hinzugefügt, dass eine erhebliche Rolle bei der Grenzziehung von totaler und teilweiser Unmöglichkeit der Leistung auch der Umstand spielt, ob die Leistung allein, oder ob sie etwa wahlweise neben anderen Leistungen geschuldet wird. Bei alternativen Obligationen beschränkt sich nämlich, wenn die Bewirkung einer der zur Wahl stehenden Leistungen nicht möglich ist, das Schuldverhältnis nach § 265 des B. G. B. auf die übrigen Leistungen. Mit Rücksicht auf die unbilligen Konsequenzen, die sich vom gegenteiligen Standpunkt aus ergeben würden, muss aber im Sinne dieses Paragraphen als unmöglich d. h. hier als nicht wählbar jede Leistung angesehen werden, die nicht so, wie sie zu prästieren ist, bewirkt werden kann. Bezüglich ihrer Unwählbarkeit steht also die nur unvollständig bewirkbare Leistung, selbst wenn sie sonst als teilweis mögliche zu gelten hätte, der vollständig unbewirkbaren gleich. Das Nähere hierüber in § 10 der Darstellung eingangs unter 2).

Der Leichnam eines Pferdes wird von niemandem als ein „Teil“ des Pferdes angesehen werden[15]. Andrerseits aber lassen sich Fälle denken, wo aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses mit solcher Deutlichkeit erhellt, dass die Interessen des Gläubigers auch durch Lieferung des Tierkadavers gewahrt sind — es handelt sich erwiesenermaßen bei dem Kaufgeschäft mehr um das Fell des Tieres, als um dieses selbst, mehr um die Federn des Vogels, als um seinen übrigen Leib — dass der Tod des Tieres nicht einmal eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung begründet. Ähnlich werden für gewöhnlich die letzten Mauern, die bei dem Brande eines Hauses stehen geblieben sind, nebst dem dazu gehörigen Haufen von Steinen, Schutt und Asche nicht als ein Teil des Hauses betrachtet werden dürfen. Ist aber z. B. das Haus lediglich auf Abbruch gekauft worden, so können einzelne Mauern des Hauses und einzelne Steinhaufen sehr wohl einen Teil der schuldnerischen Leistung bilden, für den der Gläubiger ein entsprechendes Entgelt gewähren muss. Und unter Umständen kann bei einem Kaufvertrag das Haus im Vergleich zu dem Grund und Boden, auf welchem es steht, eine so untergeordnete Rolle spielen, dass die Leistung, selbst wenn letzteres bis auf die Kellerräume niederbrennt, doch mit Rücksicht auf das übrig bleibende Areal noch als teilweise möglich bezeichnet werden muss[16].

Der Verkäufer wird nach B. G. B. durch den Kaufkontrakt sowohl zur Besitz- wie zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Jede dieser Pflichten ist von so wesentlicher Natur, dass dem Verkäufer seine Leistung gänzlich unmöglich ist, wenn er auch nur einer von ihnen nicht nachzukommen vermag. Kann er also die gekaufte Sache nicht übergeben, weil sie ihm gestohlen worden ist, so nützt es ihm nichts, dass er den Käufer wenigstens durch Abtretung der rei vindicatio zum Eigentümer machen kann. Und ist er außer stande, dem

[15] „At mortuum animal esse desiit, et quidem ita, ut si quid ex eodem corpore post mortem superest, dici possit trunci et cadaveris pars esse, at certe non animalis.“ Donellus, de jure civili XVI cap. 1 sub XIII.

[16] Vgl. aus dem Corpus juris die vielumstrittene, zweifellos interpolierte l. 57 D. de contrah. empt. 18, 1 und dazu Mommsen, Beiträge I S. 164 ff., Gradenwitz, Interpolationen S. 46 fg. und Eisele, Zeitschrift der Savignystiftung (roman. Abtl.) Bd. 7 S. 30.

Käufer das Eigentum zu übertragen, weil er es selbst nicht besitzt und keine der Voraussetzungen vorliegt, unter denen er nach B. G. B. plus juris transferre potest, quam ipse habet, so ist die Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht deshalb eine teilweise mögliche, weil er den Käufer in den Besitz der Sache zu setzen vermag[17]. Fehlerhaft wäre es, wollte man das Eigentum in dem Sinne als die plenitudo potestatis über eine Sache auffassen, dass man die beschränkten Rechte an einer Sache zu ihm in das Verhältnis der Teile zum Ganzen stellte. Es kann keine Rede davon sein, dass dem Verkäufer, der zwar nicht das Eigentum, aber ein Erbbaurecht am Grundstück dem Käufer verschaffen kann, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zum Teile möglich ist[18]. Die Leistung bleibt hier für den Verkäufer eine ebenso total unmögliche, wie sie es ist, wenn ihm keinerlei Recht an der Sache zusteht. Denn Eigentum und jura in re sind völlig verschiedene Dinge, und haben nichts zu thun mit dem logischen Gegensatz des Ganzen und seiner Teile[19]. — Kann der Käufer nicht Alleineigentum, son-

[17] Unrichtig Planck-Greiff II S. 232: „Die Rechtsverschaffung ist ...... nur ein Teil der dem Verkäufer obliegenden Leistung. Ist also der Verkäufer nur zur Rechtsverschaffung ausser stande, so finden die Vorschriften über die Folgen teilweisen Unvermögens zur Leistung Anwendung." Dass dies falsch ist, ergiebt sich aus § 440 Abs. 2 und 4, wonach der Käufer bei Nichtverschaffung des Rechtes Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nicht nur dann verlangen kann, wenn er den Besitz der Sache dem Verkäufer zurückgewährt, sondern auch dann, wenn die Sache durch sein Verschulden untergegangen ist. Griffen hier die Vorschriften über die Folgen teilweisen Unvermögens zur Leistung Platz, so würden die Rechte des Käufers mit Rücksicht auf die §§ 280 Abs. 2, 347 und 351 weit geringerer Art sein. Auch im übrigen geht aus dem Abs. 2 des § 440 mit voller Bestimmtheit hervor, dass das Gesetzbuch die Verpflichtung des Verkäufers zur Besitz- und Eigentumsverschaffung als etwas Unteilbares auffasst. Anders bekanntlich das gemeine Recht, wo sich der Käufer mit dem habere licere begnügen musste.

[18] Letzteres ist die Meinung von Mommsen, Beiträge I S. 155 fg. Gegen ihn schon Brinz, Pandekten II 2. Aufl. S. 125 bei Anm. 31.

[19] Damit ist nicht gesagt, dass nicht unter Umständen derjenige, der, sei es nun als Verkäufer, oder als Schenker oder als Vermächtnisbeschwerter zur Verschaffung von Eigentum verpflichtet ist, wenn er zwar nicht Eigentümer, aber ein sonst dinglich Berechtigter ist, dieses dingliche Recht, dessen Übertragbarkeit vorausgesetzt, an den Gläubiger abtreten muss. Dann rechtfertigt sich aber diese Verpflichtung nicht aus dem Gesichtspunkt einer teilweisen Möglichkeit der Leistung, sondern aus anderen Gründen. Vgl. unten § 6, Text vor Anm. 15.

dern nur eine Quote Eigentum übertragen, so liegt wiederum totale Unmöglichkeit der Leistung vor. Denn weder ist durch Einräumung von Miteigentum dem Gläubiger der Besitz der Sache gesichert, noch bekommt er dadurch, was er beanspruchen darf: die ausschließliche rechtliche Herrschaft über die Sache[20]. Auch wenn der Kaufgegenstand mit anderen Rechten belastet ist, die von dritten Personen gegen den Käufer geltend gemacht werden können, mögen diese nun dinglicher Natur sein oder sich als die Folge von Miet- und Pachtverhältnissen darstellen, ist prinzipiell daran festzuhalten, dass dadurch für den Verkäufer eine totale Unmöglichkeit der Leistung begründet wird. Für diejenigen jura in re, welche den Käufer im Besitz der Sache stören, kann dies nach dem soeben Gesagten gar keinem Zweifel unterliegen. Aber auch wo dies nicht der Fall ist, wie z. B. bei Hypotheken, wird man mit Rücksicht auf die im Verkehr herrschenden Anschauungen nicht gut anders entscheiden können. Ein hypothekarisch lastenfreies Grundstück hat im Verkehr einen so gänzlich anderen Wert, als ein hypothekarisch belastetes Grundstück, dass, wenn der Verkäufer eine Liegenschaft der letzteren Art dem Käufer übergiebt und auflässt, man schwerlich behaupten kann, er habe seine Verbindlichkeit zum Teile erfüllt. Nur dann, wenn es sich um Belastungen handelt, die weder den Käufer in erheblicher Weise im Besitz stören, noch den Wert der Sache in nennenswertem Maße beeinträchtigen, wird man sagen dürfen, dass trotz der entgegenstehenden Berechtigungen dritter Personen dem Verkäufer die Erfüllung der ihm obliegenden kaufrechtlichen Verpflichtungen nur zum Teile unmöglich ist[21]. —

[20] Unzweifelhaft würde aber nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung dann vorliegen, wenn die dem Verkäufer fehlenden Quoten des Eigentums, ohne dass die Parteien bei Kaufabschluss etwas davon wussten, dem Käufer selbst zustehen. Vgl. l. 18 pr. D. de contrah. empt. 18,1: „Sed si communis ea res emptori cum alio sit, dici debet, scisso pretio pro portione, pro parte emptionem valere, pro parte non valere.“

[21] So z. B. wenn das Recht des Dritten in einer geringfügigen Wegeservitut oder Traufgerechtigkeit besteht. Cosack I S. 420 unter IV meint, wenn auch der lex lata gegenüber mit dem Ausdruck des Bedauerns, dass zufolge § 434 des B. G. B. auch in solchen Fällen auf seiten des Verkäufers totale Nichtleistung vorliege und dass der Verkäufer gegen die sich daraus für den Käufer ergebenden, ihn überaus hart treffenden

Gar keinen Anhaltspunkt für die Grenzziehung zwischen totaler und teilweiser Unmöglichkeit der Leistung gewährt der Umstand, ob die Qualitäten, welche der Leistung fehlen, äußerlich bemerkbar sind oder nicht. Eine Leistung kann nach außen hin sehr wohl den Eindruck der Vollständigkeit machen und dennoch nicht nur teilweise, sondern gänzlich unmöglich sein. Ist ein Rennpferd versprochen worden, das einen bestimmten Rekord haben soll, oder ein Foxterrier ausbedungen von bestimmtem Stammbaum oder mit einer bestimmten Anzahl Ausstellungsprämien, und werden vom Schuldner zwar im übrigen ganz tadellose Tiere geliefert, denen aber gerade die gedachten Eigenschaften fehlen, so wäre es falsch, wenn man sagen wollte, dass hier angesichts der Thatsache, dass ein vollwertiges Rennpferd, bezw. ein, selbst den verwöhntesten Kenner befriedigender Terrier geleistet worden ist, von totaler Unmöglichkeit der Leistung nicht gesprochen werden dürfe. Sind für eine Sache bestimmte Eigenschaften nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses oder nach den Anschauungen des Verkehrs wesentlich, so liegt, wenn ihr diese Eigenschaften mangeln, mag sie im übrigen noch so vortrefflich sein, gänzliche und nicht nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor[21a]. So kann sich eine Wohnung beim Einzug des Mieters in funkelnagelneuem und hocheleganten Zustand befinden und dennoch dem Vermieter die Erfüllung seiner Verbindlichkeit total unmöglich sein, weil er durch Aufnahme berüchtigter Kupplerinnen sein Haus in so schlechten Ruf gebracht hat, dass dem Mieter nicht zugemutet werden kann, es mit seiner Familie zu beziehen[22]. Von besonderer Wichtigkeit ist es, das Wesen einer Sache nicht über ihrer äußeren Erscheinung zu vergessen, wenn es sich um die Verpflichtung des

Befugnisse nur bei vorliegender Chikane des letzteren geschützt sei. Ich glaube nicht, dass das Gesetzbuch zu dieser Auffassung des § 434 zwingt.

[21a] Freilich wird die Grenze zwischen Wesentlichkeit und Unwesentlichkeit sehr oft flüssig sein. Das Gesetzbuch hat auch hier durch Sondervorschriften, die sich bei einzelnen Schuldverhältnissen finden, dafür gesorgt, dass die Grenze in einer Reihe von Fällen nicht gezogen zu werden braucht. Siehe die Verweisungen in Anm. 8, wozu hier noch § 13 d. Darstellung unter III 3 a γ zu vergleichen ist.

[22] Siehe den Rechtsfall im Sächs. Archiv Bd. 4 S. 613.

Schädigers zu außerkontraktlichem Schadensersatz handelt. Dieser ist nämlich prinzipiell durch Naturalreparation zu gewähren (§ 249 B. G. B.) und nur „soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist", hat der Ersatzpflichtige nach § 251 Abs. 1 den Gläubiger in Geld zu entschädigen. Hier muss man sich sehr davor hüten, überall da, wo sich, rein äußerlich betrachtet, ein Zustand herstellen lässt, der mit dem früheren übereinzustimmen scheint, die Naturalherstellung für eine mögliche oder doch wenigstens für eine zum Teil mögliche zu erklären. Wenn jemand aus Unachtsamkeit einer Dame das Kleid zerreißt, so wird sich zwar das Kleid in der Regel flicken lassen. Ein geflicktes Kleid ist aber nach der Auffassung des Verkehrs etwas Anderes, als ein noch nicht ausgebessertes Kleid. Darum ist hier die Naturalherstellung, selbst wenn die Reparatur eine in die Augen fallende nicht sein sollte, für gewöhnlich gänzlich unmöglich, und es kann keine Rede davon sein, dass die Dame sich mit dem Nähen des Kleides zufrieden geben müsse und höchstens, wenn damit ihrem Interesse nicht Genüge geschehen ist, noch Ersatz des Minderwertes beanspruchen dürfe, um welchen das Kleid in dem ausgebesserten Zustand hinter dem früheren Werte zurückbleibt. Sie ist vielmehr berechtigt, volle Geldentschädigung zu verlangen[23].

Auch daraus, dass eine Leistung nach außen hin den Eindruck einer teilbaren macht, weil jedem ihrer einzelnen Bestandteile eine gewisse Selbständigkeit innezuwohnen scheint,

[23] Ebenso Planck II S. 18 oben; vgl. auch Schollmeyer, Kommentar S. 32 fg. Bei der richtigen Auffassung des Begriffes „Unmöglichkeit" erledigen sich also die Bedenken, die Degenkolb in seinem anregenden Aufsatz über „den spezifischen Inhalt des Schadensersatzes" im Archiv f. civil. Praxis Bd. 76 S. 1—88 gegen die §§ 249 ff. des B. G. B. (E. I § 219) geltend gemacht hat (vgl. insbes. S. 48 fg. und S. 62 fg.). Und dabei wird das richtige Ergebnis nicht etwa auf Kosten des Begriffs „Unmöglichkeit" gewonnen, was offenbar die Meinung von Degenkolb ist, wenn er a. a. O. S. 48 sagt, dass hier „der Geldersatz seinen Sieg hinter der »angeblichen« Unmöglichkeit der Naturalherstellung verberge", indem „die »mögliche« Natural herstellung, wo sie unzweckmässig erscheine, zur »unmöglichen« gestempelt werde". Vielmehr ist der juristische Begriff der Unmöglichkeit vollkommen gewahrt. Dieser braucht sich mit dem logischen Begriff der Unmöglichkeit ebensowenig zu decken, wie sich der juristische und der physikalische Begriff des Teiles nicht zu decken brauchen.

lässt sich nicht ohne weiteres folgern, dass, wenn ein einzelner dieser Teile in Wegfall kommt, die dadurch herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung nur eine teilweise ist. Sind die Teile trotz ihrer relativen Selbständigkeit nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses als untrennbares Ganzes gedacht, so bewirkt der Untergang eines einzelnen Teiles unfehlbar eine totale Unmöglichkeit der Leistung[24]. Sind z.B. kraft eines Kaufvertrags vier Pferde verkauft worden, so wird zwar in der Regel der Tod eines dieser Pferde nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung begründen. Sind sie aber als ein zusammen gehöriges Viergespann verkauft, so würde das Eingehen auch nur eines derselben die Leistung des Verkäufers gänzlich unmöglich machen. Und wenn sich der Verkäufer eines Hauses nicht nur zur Übergabe und Auflassung desselben verpflichtet (was er beides zu leisten im stande ist), sondern überdies die Vornahme von baulichen Veränderungen an dem Hause verspricht, deren Herstellung ihm aber infolge Einschreitens der Baupolizei nicht möglich ist, so wird man leicht geneigt sein, mit Rücksicht auf die überwiegende Bedeutung, die hier scheinbar dem möglichen Teile der Leistung zukommt, die Erfüllung des Schuldvertrags nur für teilweise unmöglich zu halten. Dennoch hat in solchem Falle das Reichsgericht die Leistung des Verkäufers für total unmöglich erklärt, weil sich bei näherer Betrachtung des konkreten Vertragsinhalts ergab, dass die vom Verkäufer übernommenen baulichen Veränderungen einen wesentlichen Bestandteil der von ihm eingegangenen Schuldverbindlichkeit ausmachten[25].

Als äußerlich teilbar stellen sich in der Regel diejenigen Leistungen dar, die während eines längeren Zeitraums ununterbrochen zu prästieren sind (Sach- und Dienstmiete, Leihe, Aufbewahrung), insofern, als hier die Zeit, in der geleistet wird, ihren Wert in sich zu tragen pflegt[26]. Aber auch bei

[24] Zutreffend sagt der Code civil in Art. 1218: „L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation, ne la rend pas susceptible d'exécution partielle."

[25] Vgl. Bolzes Praxis Bd. 19 No. 161.

[26] Infolgedessen hat bei der Miete und beim Dienstvertrag, wie sich

solchen, sich auf einen ganzen Zeitraum erstreckenden, Verpflichtungen giebt es Fälle, wo dem Schuldner die Erfüllung des Schuldverhältnisses gänzlich unmöglich ist, wenn er auch nur in einem einzigen Zeitpunkt die Leistung nicht zu bewirken vermag[27]. Andrerseits lässt sich da, wo der Schuldner durch seine Arbeit einen bestimmten Erfolg herzustellen hat (wie es beim Werkvertrag der Fall ist), nicht ohne weiteres sagen, dass es sich stets um eine unteilbare Leistung handele, und dass darum nie, wenn die Fertigstellung des opus aus irgend welchem Grunde unmöglich ist, die vom Schuldner bereits entwickelte Thätigkeit als teilweise Erfüllung in Betracht kommen könne. Zwar wird es in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle allerdings so sein, dass, wenn ein Werk noch vor seiner Vollendung untergeht, der Unternehmer trotz etwa schon aufgewendeter Mühe und Kosten im Sinne des Schuldverhältnisses nichts geleistet hat[28]. Bisweilen kann aber auch das Gegenteil zutreffen. Es kommt auch hier wieder alles auf die Umstände des einzelnen Falles an. Das zeigt

später noch zeigen wird, der Gläubiger für die Zeit, die er im Genuss der Mietsache gewesen ist, oder während deren der Schuldner die versprochenen Dienste geleistet hat, regelmässig auch die entsprechende Gegenleistung zu entrichten. Vgl. für das gemeine Recht Mommsen, Beiträge I S. 353 fg.

[27] Dies trifft vor allem dann zu, wenn es sich darum handelt, dass der Schuldner innerhalb eines bestimmten Zeitraums bestimmte Handlungen unterlassen soll. Hier werden die Dinge häufig so liegen, dass der Schuldner durch eine einmalige Zuwiderhandlung die Erfüllung seiner Verpflichtung nicht nur zum Teil, sondern total unmöglich macht, weil infolge der einen Übertretung, nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses, sowohl die vorangegangene, wie die etwa noch nachfolgende Erfüllung der Verbindlichkeit wertlos geworden ist. Hierher gehörige Beispiele finden sich in den Entscheid. des R. O. H. G. Bd. 12 S. 229 (= Seuff. Archiv Bd. 31 No. 219), und Bd. 20 S. 185; ferner in Seuff. Archiv Bd. 42 No. 200; Bd. 52 No. 78.

[28] Da alsdann auch die Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung entfällt (vgl. unten § 9 Abschnitt I), so kann nach dem in Anm. 26 Gesagten die Gefahrtragung davon abhängen, ob ein Vertrag den Regeln des Dienst- oder des Werkvertrages unterstellt wird. Ist, um ein von Endemann gebrauchtes Beispiel anzuführen, ein Pferd zur Heilung in eine Pflegeanstalt gegeben, und stirbt es dort nach fünf Tagen, so würde, wenn man hier einen Dienstvertrag als vorliegend annimmt, der Pferdebesitzer für fünf Tage Kurkosten zu zahlen haben, während er von jeder Gegenleistung frei wäre, falls die Übernahme des Pferdes zur Heilung ein Werkvertrag ist.

sich besonders deutlich beim Frachtvertrag. Ist der Frachtführer außer stande, die zu transportierende Person oder Sache an den Ort zu befördern, an den sie bestimmungsgemäß gebracht werden soll, so kann doch die Teilstrecke, die sie befördert worden ist, die Person oder Sache ihrem Ziele so nahe gebracht haben, dass der teilweise Transport sehr wohl als Teilleistung im Sinne des Schuldverhältnisses anzusehen und dementsprechend auch zu vergüten ist (sogenannte Distanzfracht)[29]. Hinwiederum: will ein Reisender von Berlin nach Verona fahren und die Eisenbahn befördert ihn nur bis Kufstein, weil die Strecke Kufstein-Innsbruck infolge eingetretener Betriebsstörungen (Hochwasser u. dgl.) mehrere Tage nicht befahrbar ist, so ist es in der Regel für den Reisenden, namentlich, wenn er ausgerechnet an dem vorgesetzten Tage in Verona sein muss, völlig nutzlos, dass ihn die Bahn von Berlin bis Kufstein gefahren hat: hier kann die scheinbare Teilleistung nicht als Leistung im Sinne des Transportvertrags angesehen werden. Es ist also ganz folgerichtig, wenn die deutsche Eisenbahn-Verkehrsordnung (neue Fassung vom 26. Oktober 1899, R. G. Bl. S. 557 ff.) in § 26 Ziffer 2 bestimmt, dass dem mit einer durchgehenden Fahrkarte versehenen Reisenden, der durch Zugverspätung den Anschluss an einen anderen Zug versäumt, der für die Hin- und Rückreise gezahlte Fahrpreis zu erstatten ist, falls er mit dem nächsten zurückführenden Zuge ununterbrochen zur Abgangsstation zurückkehrt. —

Endlich sei auch hier noch, wie oben unter 1) darauf aufmerksam gemacht, dass nicht in allen Fällen, wo nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bezw. nach den Anschauungen des Verkehrs eine *teilweise* Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, der Gläubiger an der möglichen Teilleistung ein Interesse zu haben braucht[30]. Auch wenn es ihm an einem

[29] Vgl. Entscheid. des R. O. H. G. Bd. 4 S. 179. — Im See- und Binnenschiffahrtsrecht ist der Anspruch des Reeders auf die Distanzfracht durch besondere Vorschriften, zum Teil nach anderen Grundsätzen, geregelt. Siehe die §§ 630—634, 640 des H. G. B. und die §§ 64, 69 und 71 Abs. 2 des Binnenschiffahrtsgesetzes.

[30] So wurde beispielsweise vorhin ausgeführt, das die Belastung eines Grundstücks mit einer unbedeutenden Wegeservitut für den Ver-

solchen Interesse fehlt, bleibt die Leistung nichtsdestoweniger eine teilweis mögliche, und es finden auf sie, sofern im Gesetz nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt ist, nicht die für die totale, sondern die für die teilweise Unmöglichkeit der Leistung geltenden Rechtssätze Anwendung.

3. Sogenannte anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit.

§ 3.

Aus dem gemeinen Rechte herüber genommen und mit praktischen Folgen ausgestattet hat das Gesetzbuch die Unterscheidung von „anfänglicher“ und „nachträglicher“ Unmöglichkeit. Das Kriterium, das ihr zu Grunde liegt, ist ein zeitliches, und zwar ist der Zeitpunkt, auf den es dabei ankommt, der der Entstehung des Schuldverhältnisses. Tritt die Unmöglichkeit der Leistung erst nach diesem Zeitpunkt ein, so wird sie als nachträgliche bezeichnet; hingegen ist sie eine anfängliche, wenn sie in diesem Augenblick schon vorhanden ist[1].

Nun kann man aber von anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung in einem doppelten Sinne reden. Einmal so, dass man in denjenigen Fällen, wo die Leistung zu der Zeit, in der sie bewirkt werden soll, nicht bewirkt werden kann, wo es also wirklich zu einer Unmöglichkeit der Leistung kommt, zufolge einer nach rückwärts schauenden Betrachtung das

käufer in aller Regel nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung begründe. Es lassen sich nun Umstände denken, wo eine solche Wegegerechtigkeit ein Grundstück für den Käufer völlig wertlos macht, weil sie dessen Benutzung zu einem bestimmten, vom Käufer ins Auge gefassten, aber aus dem Obligationsinhalt nicht ersichtlichen, Zwecke vereitelt.

[1] Die Unterscheidung spielt nur eine Rolle bei den aus Rechtsgeschäften entstehenden Schuldverbindlichkeiten. Ausdrücklich Erwähnung gethan hat das Gesetzbuch der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung bloß bei den Vertrags- und Vermächtnis-Obligationen: siehe die §§ 306 ff. und 2171. Selbstverständlich kann sie aber auch bei den übrigen, aus einem einseitigen Verpflichtungsakt hervorgehenden Schuldverhältnissen vorkommen. Vgl. unten § 11 am Anfang.

Urteil abgiebt: die Gründe für die Unmöglichkeit der Erfüllung waren bei der Entstehung des Schuldverhältnisses schon sämtlich vorhanden. Hier stellt man lediglich die anfängliche Unmöglichkeit in begrifflichen Gegensatz zur nachträglichen Unmöglichkeit, als derjenigen, wo diese Gründe erst später eingetreten sind. Von anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung lässt sich aber auch noch in dem Sinne sprechen, dass man dabei den Moment der Fälligkeit der Leistung ganz aus dem Auge lässt und ausschließlich auf den Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses blickt, und dementsprechend die Leistung eine anfänglich unmögliche schon dann nennt, wenn sie im Augenblick des Vertragsabschlusses nicht bewirkt werden kann, gleichgültig, ob sie in diesem Zeitpunkt bewirkt werden soll und ob sie, wenn dies nicht der Fall ist, weiterhin unmöglich bleibt oder nicht vielmehr nachträglich noch rechtzeitig möglich wird. Hier stellt man die anfängliche Unmöglichkeit sowohl in Gegensatz zur nachträglichen Unmöglichkeit wie zur nachträglichen Möglichkeit. In diesem letzteren Sinne verwendet das Gesetzbuch, wiederum im Anschluss an die bisherigen Rechte, den Begriff der anfänglichen Unmöglichkeit. Das ergiebt sich aus § 308 B. G. B., der von „einer unmöglichen Leistung“ auch dann spricht, wenn die „Unmöglichkeit“ noch vor dem Tage der Fälligkeit gehoben wird[2]. Nach dem Sprachgebrauch des B. G. B. — und das ist wichtig für die Ausführungen im dritten Kapitel — ist also ein Vertrag auf eine „unmögliche Leistung“ schon dann „gerichtet“, wenn er in dem Moment, in dem er abgeschlossen wird, nicht erfüllt werden kann, einerlei ob er in diesem Zeitpunkt zu erfüllen ist oder nicht[3]. —

Da es bei der Unterscheidung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung auf den Zeitpunkt der

[2] Das Nähere über den § 308 findet sich in § 11 der Darstellung unter I 1 b und c.

[3] Dementsprechend ist bei der Vermächtnisobligation eine Leistung „anfänglich unmöglich“, wenn sie in dem Moment, in dem jene zur Entstehung gelangt, d. i. im Zeitpunkt des Vermächtnisanfalls, nicht bewirkt werden kann. Wann das Vermächtnis „anfällt“, darüber vgl. Strohal, das deutsche Erbrecht 2. Aufl. S. 125 ff.

Entstehung des Schuldverhältnisses ankommt, so liegt im Falle des suspensiv bedingten Schuldversprechens, wenn die Leistung nach Vertragsabschluss, aber noch vor Eintritt der Bedingung unmöglich wird, nachträgliche, nicht anfängliche Unmöglichkeit der Leistung vor[4]. Denn entstanden ist das Schuldverhältnis mit der Errichtung des auf seine Hervorbringung abzielenden Rechtsgeschäfts; von da an datiert die rechtliche Gebundenheit des Schuldners[5]. —

Soviel über die Merkmale, welche den Gegensatz von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung kennzeichnen. Es möge gestattet sein, hier noch einiges zur Kritik dieser Unterscheidung hinzuzufügen.

Was zunächst ihre praktische Brauchbarkeit anbelangt, so soll hier kein großes Gewicht darauf gelegt werden, dass die Unterscheidung, weil sie nur auf das äußere Zeitmoment Rücksicht nimmt, mitunter zu paradoxen Resultaten führen kann. Denn lässt man die Rechtsfolgen, die sich an die Unmöglichkeit der Leistung knüpfen, verschieden sein, je nachdem der Eintritt der Unmöglichkeit noch vor oder erst nach Abschluss des Vertrags erfolgt ist, so wird deren Gestaltung sehr häufig nicht nur von Tagen, sondern von Stunden und Minuten abhängen, so dass es beispielsweise für die Beurteilung eines Schuldverhältnisses von Wichtigkeit werden kann,

[4] So schon Mommsen, Beiträge I S. 1. Unrichtig Schollmeyer, Kommentar S. 98: „Ist eine Suspensivbedingung hinzugefügt und wird die Leistung nachher, aber vor Eintritt der Bedingung unmöglich, so liegt ursprüngliche Unmöglichkeit vor". Auf S. 112 (§ 281 unter b) gerät Schollmeyer selbst mit dieser Behauptung in Widerspruch. — Für betagte Obligationen, die hier in der Regel immer neben den bedingten genannt werden, ist die im Text gemachte Bemerkung nicht nötig. Denn bei Schuldversprechen bedeutet die Hinzufügung eines Anfangstermins nichts weiter als ein Hinausschieben der Fälligkeit der Leistung (vgl. unten § 11 Anm. 12). Dass aber eine Unmöglichkeit, die eintritt zwischen Vertragsabschluss und Fälligkeit der Leistung, eine nachträgliche ist, versteht sich von selbst: sie stellt ja gerade den typischen Fall der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung dar.

[5] Folgt aus Gesetzbuch § 160. Neben dieser Bestimmung, die sich schon in E. I in § 134 fand, war der in § 238 Abs. 2 des E. zum Ausdruck gebrachte Rechtssatz, der die im Text vertretene Auffassung für einen einzelnen Anwendungsfall gesetzlich festlegte, überflüssig, und ist darum mit Recht von der 2. Kommission gestrichen worden. Vgl. Protokolle I S. 316 u. 317.

ob der Vertragsgegenstand am 1. oder am 2. Juli, ob morgens um 6 oder nachmittags um 5, ob mittags um 12 oder um 1 Uhr, ja unter Umständen, ob er 1/21 oder 3/41 untergegangen bezw. abhanden gekommen ist. Dieser Einfluss, den hier das Zufällige und Äußerliche auf die rechtliche Betrachtung der Dinge gewinnt, macht sich aber nicht nur bei dieser Unterscheidung, sondern in allen Fällen geltend, wo die Rechtsordnung mit Tagen und Stunden als juristisch relevanten Faktoren operiert und die Härten, die sich daraus ergeben, lassen sich, wie Jhering einmal treffend gesagt hat, im Interesse der „Praktikabilität" des Rechtes nicht immer vermeiden.

Nur von geringfügiger Bedeutung für die Beurteilung der hier zu besprechenden Distinktion scheint mir ferner der Umstand zu sein, dass die Abgrenzung der durch sie geschaffenen Begriffe, die scheinbar eine so leichte ist, sich in Wirklichkeit vielfach als eine schwankende erweist, indem es sehr oft am rechten Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage fehlt, ob eine nachträgliche oder ob eine anfängliche Unmöglichkeit der Leistung als vorhanden anzunehmen ist[6]. Auch diesen

[6] Sind z. B. die Gründe, die zur Unmöglichkeit der Leistung führen, schon bei Abschluss des Vertrags vorhanden gewesen oder erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten, wenn ein deutscher Reeder den Transport von Tabakstengeln für die Strecke Bremen—England—Kopenhagen übernimmt und seine Verbindlichkeit nicht erfüllen kann, weil die Ware in Hull zufolge eines in England zu recht bestehenden Tabakdurchfuhrverbotes angehalten und nicht weiter gelassen wird? (Vgl. den von Zimmermann in Jherings Jahrbüchern Bd. 13 S. 381 ff. mitgeteilten Rechtsfall). Das englische Gesetz, und die in Gemäßheit desselben von der englischen Zollbehörde zur Verhütung seiner Übertretung getroffenen Vorkehrungsmaßregeln bestanden zweifellos schon bei Abschluss des Vertrags; insofern müsste man wohl von einer anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung sprechen. Dem Schiffer des Reeders hätte es ja aber auch gelingen können (wie es ihm in dem erwähnten konkreten Falle thatsächlich schon einmal gelungen war), die englische Hafenpolizei zu täuschen, z. B. durch unrichtige Deklaration die Durchfuhr des Tabaks zu ermöglichen. Dass ihm das nicht glückte, ist ein Umstand, der erst nach Abschluss des Frachtvertrags eingetreten ist; insofern würde eine nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung vorliegen. Und wie verhält es sich, wenn ein Kommis seiner sich aus dem Dienstvertrag ergebenden Verpflichtung nicht nachkommen kann, weil er zum Militär einberufen wird? Auch hier waren die Gründe, welche die Unmöglichkeit der Leistung nach sich ziehen: die Wehrfähigkeit des Kommis und die seine Militärdienstpflicht regelnde Heer- und Wehrordnung bei Abschluss des Ver-

Mangel teilt die Unterscheidung mit vielen anderen Einteilungen, die in der Rechtswissenschaft gäng und gäbe sind.

Schwerer dürfte schon das Bedenken wiegen, dass die Unterscheidung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung sich überhaupt nur unter zwei Voraussetzungen praktisch handhaben lässt: nämlich nur dann, wenn man erstens den Zeitpunkt genau kennt, in welchem das Ereignis eingetreten ist, welches die Leistung zu einer unmöglichen machte, und sodann, wenn genau feststeht, in welchem Augenblick der Vertragsabschluss zu stande gekommen ist. Was den ersten Punkt betrifft, so ist ohne weiteres klar, dass sich mindestens in der Hälfte aller Fälle nicht mit Bestimmtheit sagen lässt, wann eine Leistung unmöglich geworden ist. Denn die meisten Geschehnisse werden nicht beobachtet, während sie sich ereignen, sondern erst bemerkt, wenn sie eingetreten sind, und vielfach sind sie derartig, dass sich hinterher Tag, Stunde und Minute ihres Eintritts nicht mehr ermitteln lassen. Und was den zweiten Punkt angeht, so mag darauf hingewiesen sein, wie häufig namentlich im niedern Volke Rechtsgeschäfte bei der zufälligsten Begegnung: auf der Straße, im Wirtshaus, auf der Pferdebahn, auf der Eisenbahn abgeschlossen werden, Geschäfte, von denen die Parteien hinterher kaum mehr den Tag, geschweige denn Stunde und Minute der Errichtung anzugeben vermögen. Es werden also durch die Unterscheidung von nachträglicher und anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung, infolge der sich notwendig machenden Fixierung zweier Zeitmomente, Beweisfragen für den Prozess geschaffen, die

trags schon vorhanden. Immerhin hätte der Kommis in der Zeit zwischen Vertragsabschluss und Einberufung noch militäruntauglich werden können. Und wie steht es, wenn die Möglichkeit der Leistung auf seiten des Schuldners Eigentum an einer Sache voraussetzt, ihm aber das Eigentum nur als ein resolutiv bedingtes zusteht und nach Abschluss des Vertrags die Bedingung eintritt, derzufolge das Eigentum auf einen Dritten übergeht? Da hier das Eigentum von vornherein fehlerhaft war, könnte man wohl die Unmöglichkeit der Leistung als eine anfängliche bezeichnen; andererseits hat sich die Bedingung, deren Eintritt die Unmöglichkeit herbeiführte, erst nach Abschluss des Vertrags erfüllt, weshalb vielleicht mancher geneigt ist, sich für nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung zu entscheiden. Es lässt sich weder der einen noch der anderen Betrachtungsweise die innere Berechtigung absprechen.

sich bisweilen mit keinem Beweismittel der Welt beantworten lassen und die darum die beweispflichtige Partei in äußerst harter Weise benachteiligen.

Erscheint somit die Unterscheidung im Hinblick auf ihre praktische Brauchbarkeit a priori in einem wenig günstigen Lichte, so wird man ihr gegenüber noch misstrauischer, wenn man auf die Einwendungen achtet, die vom juristisch-logischen Standpunkt aus gegen sie geltend gemacht werden müssen. Wir haben im vorigen Paragraphen gesehen, dass es bei der Frage nach der Möglichkeit oder der Unmöglichkeit einer Leistung hauptsächlich auf zwei Zeitpunkte ankommt: auf den Moment der Fälligkeit der Leistung und auf den Zeitpunkt, bis zu welchem die nachträgliche Leistung noch als Erfüllung des Schuldverhältnisses angesehen werden kann. Der Augenblick der Entstehung des Schuldverhältnisses spielt bei den Dingen, um die es sich hier handelt, eine ganz nebensächliche Rolle. Er hat in Ansehung der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung höchstens insofern etwas zu bedeuten, als man dem Schuldner bis zu einem gewissen Grade zumuten kann, dass er bei Abschluss des Vertrags seine derzeitige Leistungsfähigkeit wenigstens in Anbetracht gewisser dabei in Frage kommender Umstände kennt, und als man ihn deshalb in einzelnen Fällen strenger haften lassen wird, wenn sich heraus stellt, dass die Gründe, die zur Unmöglichkeit der Leistung führten, schon bei Vertragsabschluss vorhanden waren, als wenn sich zeigt, dass sie erst später eingetreten sind[7]. Insoweit hat die unterschiedliche Behandlung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit, wenn man sie auf die Bedürfnisfälle beschränkt, ihre innere Berechtigung. Erhebt man aber die Unterscheidung, wie es das B. G. B. thut, zu einem prinzipiellen Gegensatz, indem man, je nachdem die eine oder die andere Art Unmöglichkeit vorliegt, grundsätzlich verschiedene Rechtsfolgen eintreten lässt, so verlegt man bei der Betrachtung des Schuldverhältnisses das Schwergewicht auf

[7] So hat z. B. der Verkäufer anfängliche Mängel im Rechte unbedingt zu vertreten, während ihn ein nachträglicher Rechtsverlust, falls er ihn nicht verschuldet hat, in der Regel von seiner Leistungspflicht befreit. Vgl. ferner § 463 Satz 1 B. G. B.

einen Zeitpunkt, der für die Leistungspflicht des Schuldners von untergeordneter Bedeutung ist[8]. Dieser juristisch-logische Fehler steigert sich noch, wenn man die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung nicht nur zur nachträglichen Unmöglichkeit, sondern auch zur nachträglichen Möglichkeit der Leistung in Gegensatz stellt. Denn ebenso, wie es gleichgültig ist, ob eine Leistung, deren Bewirkung innerhalb des vorhin gedachten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit allein relevanten Zeitraums nicht möglich war, nach Ablauf desselben noch möglich wird, genau so ist es auch gleichgültig, ob eine Leistung, die zu bewirken während dieses Zeitraums möglich ist, früher einmal unmöglich war[9]. Überhaupt hat das Urteil: eine Leistung ist unmöglich, einen Wert nur dann, wenn der Schuldner zur Bewirkung der Leistung verpflichtet ist. Darum hat auch das Urteil: eine Leistung ist in einem bestimmten Zeitpunkt unmöglich, nur dann einen Wert, wenn die Leistung in diesem Zeitpunkt zu bewirken ist. Da nun aber im Moment der Entstehung des Schuldverhältnisses die Leistung in der Regel nicht prästiert zu werden braucht, so kann der Begriff der anfänglichen Unmöglichkeit, insofern er nichts weiter besagt, als dass der Schuldner in diesem Zeitpunkt zu leisten außer stande ist, für die Beantwortung der Frage: welchen Einfluss hat die Unmöglichkeit der Leistung auf die schuldnerische Verbindlichkeit? nutzbringend offenbar nicht sein. —

Angesichts der praktischen und theoretischen Bedenken, die sich gegen die Unterscheidung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit erheben, liegt die Frage nahe, ob es denn notwendig ist, diese Distinktion beizubehalten: nicht de lege lata, denn da steht, nachdem das Gesetzbuch sich einmal zu ihr bekannt hat, diese Notwendigkeit außer allem Zweifel; wohl aber de lege ferenda. Kann eine Gesetzgebung nicht

[8] Als selbstverständlich ist hierbei vorausgesetzt, dass es sich auch bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung um einen seitens der Parteien ernstlich gewollten Vertragsabschluss handelt. Vgl. unten § 11 der Darstellung, Text bei Anm. 40.

[9] Zutreffend sagt Dernburg, Preuss. Privatr. II 5. Aufl. S. 54 bei Besprechung des § 57 A. L. R. I, 5: „Es ist gerechtfertigt, die Frage der Möglichkeit der Erfüllung nach der Erfüllungszeit zu beurteilen, da sie früher praktisch nicht in Betracht kommt."

auch ohne sie auskommen? Eine Antwort hierauf lässt sich naturgemäß erst gewinnen, wenn wir die praktischen Unterschiede kennen, die nach geltendem Rechte mit der Unterscheidung verknüpft sind. Denn erst dann können wir uns eine Meinung darüber bilden, ob letztere entbehrlich ist. Wir wollen darum die gestellte Frage einstweilen offen lassen, um sie später in anderem Zusammenhang wieder aufzunehmen[10].

4. Sogenannte objektive und subjektive Unmöglichkeit.

§ 4.

Ebenfalls aus dem gemeinen Rechte herübergenommen und praktisch verwertet hat das Gesetzbuch die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit, nur mit der veränderten Terminologie, dass die objektive als „Unmöglichkeit der Leistung" schlechthin, die subjektive hingegen als „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" bezeichnet wird[1]. Durch die veränderte Namengebung ist zugleich das Wesen des Unterschieds, um den es sich hier handelt, deutlicher geworden: denn während sich den Worten „objektive" und „subjektive" Unmöglichkeit kaum etwas darüber entnehmen lässt, worin der Gegensatz, den sie zum Ausdruck bringen, eigentlich bestehen soll, geht aus der vom B. G. B. gebrauchten Bezeichnung mit ziemlicher Deutlichkeit hervor, dass das unterscheidende Merkmal in der Frage liegt, ob die Leistung überhaupt d. h. für jedermann unmöglich ist, oder ob sie sich als eine an sich mögliche, für den Schuldner aber unmögliche darstellt. Hiernach ist objektiv unmöglich diejenige Leistung, die von niemandem, subjektiv unmöglich diejenige, die zwar von anderen, aber nicht vom Schuldner bewirkt werden kann[2]. Diese Begriffs-

[10] Siehe unten § 11 III.

[1] Siehe die §§ 275 Abs. 1 u. 2 und 279; und dazu Motive II S. 45 fg. Der E. I stellte in § 237 der Unmöglichkeit der Leistung das „Außerstande-Sein" des Schuldners zur Leistung gegenüber.

[2] Es liegt also der Unterscheidung der Gedanke zu Grunde, den Venuleius in l. 137 § 5 D. de verb. oblig. 45, 1 in die Worte gekleidet hat:

bestimmung führt bei den einzelnen, hier in Betracht kommenden Arten von Leistungen zu folgenden Resultaten:

1. Bei den auf ein dare gerichteten Obligationen bedeutet,

a) wenn der geschuldete Gegenstand ein individuell bestimmter ist, die Nichtexistenz desselben immer eine objektive Unmöglichkeit der Leistung. Denn etwas, das nicht existiert, kann nicht nur nicht vom Schuldner, sondern auch von keinem anderen Rechtssubjekt geleistet werden. Das Gleiche gilt, wenn eine species zwar in natura vorhanden ist, ihr aber diejenigen Eigenschaften fehlen, die sie nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses besitzen soll. Ferner handelt es sich um objektive Unmöglichkeit der Leistung, wenn die Verbindlichkeit des Schuldners nicht erfüllt werden kann, weil der Gläubiger sich als ein für die Entgegennahme der Leistung untaugliches Subjekt darstellt: z. B. er ermangelt als Ausländer des commercium für den Immobiliarverkehr; oder der Schuldner vermag ihm die Grunddienstbarkeit, zu deren Einräumung

„Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit." Die Bezeichnung „objektive" und „subjektive" Unmöglichkeit stammt von Savigny her: vgl. dessen Obligationenrecht I S. 384. Sie ist dann von Mommsen, der in seiner Darstellung der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung dem Gegensatz eine hervorragende Bedeutung beigelegt hat, aufgegriffen worden. Obwohl letzterer Schriftsteller das Wesen der Unterscheidung auch so auffasst, wie es hier im Texte geschehen ist, definiert er sie doch in seinen Beiträgen I S. 5 dahin, dass unter objektiver Unmöglichkeit zu verstehen sei diejenige, „welche ihren Grund in dem Gegenstande der Obligation an sich hat"; unter subjektiver diejenige, „deren Grund entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältnis zu dem Gegenstande der Obligation liegt." Diese Begriffsbestimmung ist unrichtig und Mommsen ist im Verlauf seiner Darstellung selbst mit ihr in Widerspruch geraten. Denn ihr zufolge müssten bei denjenigen Obligationen, die den Schuldner zu einem persönlichen Thun verpflichten, Hinderungsgründe, die sich in der Person des Schuldners ergeben, wie z. B. Krankheit, eine subjektive Unmöglichkeit der Leistung begründen, während sie, wie unten noch zu zeigen ist und wie Mommsen selbst einräumt (a. a. O. S. 65), eine objektive Unmöglichkeit der Erfüllung darstellen. Übrigens findet sich in den Lehrbüchern des Pandektenrechts, obwohl sie fast alle, ebenso wie die gemeinrechtliche Judikatur, mit der Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit operieren, so gut wie nirgends eine Definition derselben aufgestellt. Über den Wert der ganzen Unterscheidung vgl. die Bemerkungen gegen Ende dieses Paragraphen.

er sich verpflichtet hat, nicht zu bestellen, weil der Gläubiger nicht der Eigentümer des in Frage stehenden, herrschenden Grundstücks ist. Hingegen liegt subjektive Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn das Nicht-Leisten-Können des Schuldners seinen Grund darin hat, dass es ihm an den zur Bewirkung der Leistung erforderlichen thatsächlichen oder rechtlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstand fehlt; wenn er z. B. die verkaufte Sache nicht liefern kann, weil sie ihm gestohlen worden ist; oder wenn er dem Käufer das Eigentum an ihr nicht zu übertragen vermag, weil letzteres nicht ihm, sondern dem X zusteht. Sodann gehören hierher die Fälle, wo das dem Schuldner an sich zustehende Recht durch Rechte dritter Personen beschränkt ist: das Grundstück kann wegen darauf ruhender Hypotheken nicht lastenfrei geliefert werden; es verkauft jemand die auf seinen Fideikommissanteil entfallenden Bergwerkserzeugnisse, kann aber seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommen, weil er bezüglich der Naturalteilung der Bergwerksprodukte an die Zustimmung der Mehrheit der Mitbesitzer gebunden ist und diese ihre Zustimmung versagen[3]; oder es verpflichtet sich jemand, der mit Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung beteiligt ist, zur teilweisen Veräußerung dieser Anteile, wird aber an der Erfüllung des Schuldversprechens dadurch gehindert, dass die Gesellschaft die nach den Statuten zu solcher Teil-Veräußerung notwendige Erlaubnis verweigert[4] (vgl. § 17 Abs. 1 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung). —

In folgenden der hier zur Besprechung stehenden Fälle kann die Beantwortung der Frage, ob es sich um objektive oder um subjektive Unmöglichkeit der Leistung handelt, zweifelhaft sein:

α) Die verkaufte Sache steht nicht im Eigentum des Schuldners, sondern des Gläubigers selbst. Da hier die Unfähigkeit des Verkäufers, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, ihren Grund in den mangelnden rechtlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstand hat, so könnte man geneigt sein, die hier obwaltende Unmöglichkeit der Leistung als eine „sub-

[3] Vgl. Bolzes Praxis Bd. 21 No. 165.

[4] Siehe den im Sächs. Archiv Bd. 6 S. 567 mitgeteilten Rechtsfall.

jektive anzusehen[5]. Weil aber in solchem Falle nicht nur nicht der Schuldner, sondern auch kein anderer Mensch im stande ist, die Leistung zu bewirken (da niemand auf der Welt demjenigen, der Eigentum schon hat, Eigentum noch verschaffen kann), so wird man wohl sagen müssen, dass die Unmöglichkeit der Leistung, die hier vorliegt, eine objektive ist[6]. Gelangt die anfänglich dem Käufer gehörige Sache noch vor der Fälligkeit der Leistung in das Eigentum eines Dritten, so verwandelt sich die ursprünglich objektive Unmöglichkeit nachträglich in eine subjektive[7].

β) Die Sache, an welcher der Schuldner dem Gläubiger das Eigentum übertragen soll, existiert, sie steht aber nicht nur nicht im Eigentum des Schuldners, sondern gewissermaßen überhaupt nicht im Rechtsverkehr, indem sie der Herrschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, einer Gemeinde, oder einer Kirche, oder gar des Staates selbst unterstellt ist. Es handelt sich hier um die im römischen Rechte unter die res extra commercium einbezogenen res divini juris und publico usui destinatae. Da dem heutigen Rechte der Begriff der Extracommercialität im römischen Sinne fremd ist, die gedachten Gegenstände vielmehr, wenn sie auch thatsächlich vielleicht nicht im Verkehr stehen, doch rechtlich demselben insofern nicht entzogen sind, als Eigentum an ihnen nicht nur möglich, sondern in aller Regel auch vorhanden ist: sie befinden sich eben in Eigentum der betreffenden öffentlichen Korporation[8], so könnte man meinen, es liege, wenn

[5] Vgl. Protokolle I S. 667 fg. und Hartmann, a. a. O. S. 191 fg.

[6] So auch die im gemeinen Rechte und jetzt noch herrschende Ansicht. — Bei der Miete involviert das dem Mieter bereits zustehende Eigentum eine Unmöglichkeit der Leistung seitens des Vermieters überhaupt nicht; denn weder ist dasselbe Voraussetzung, noch seine Verschaffung Inhalt der schuldnerischen Leistungspflicht. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass sich der über die eigene Sache abgeschlossene Mietvertrag nicht unter Umständen aus einem anderen Gesichtspunkt, als dem der unmöglichen Leistung, als ein juristisch angreifbarer darstellt. Vgl. Motive II S. 371 u. 72.

[7] Die praktische Bedeutung davon siehe unten in § 11 der Darstellung, Text zu Anm. 14a.

[8] Vgl. Windscheid I § 146 Ziffer 4 u. § 147; Bekker, System des Pandektenrechts I §§ 76 ff.; Regelsberger, Pandekten I §§ 107 ff.;

der Schuldner wegen dieses entgegenstehenden Eigentums dritter Rechtssubjekte solche Gegenstände zu leisten außer stande ist, subjektive Unmöglichkeit der Leistung vor. Und für eine große Reihe von Fällen, nämlich überall da, wo der Veräußerung einer solchen Sache durch die in Frage stehende juristische Person an sich nichts im Wege steht, dürfte diese Ansicht auch zutreffend sein[9]. Mitunter aber sind die hier in Betracht kommenden Gegenstände so beschaffen, dass sie von ihren Eigentümern, selbst wenn diese sie hergeben wollten, gar nicht veräußert werden können, weil sie Zwecken dienen, die so unmittelbar mit den von jenen zu erfüllenden Aufgaben zusammenhängen, dass die Sachen von ihren Inhabern nicht entbehrt werden können[9a]. Und in solchen Fällen, wo die vom Schuldner zu leistende Sache aus dem Eigentum der sie besitzenden juristischen Person mit Rücksicht auf den Gebrauch, für den sie bestimmt ist, nicht herauskommen kann, muss man wohl sagen, dass die vorhandene Unmöglichkeit der Leistung eine objektive ist. Es hängt also bei der Frage, ob es sich, wenn die Leistung einer sogen. res publica bezw. res divina den Inhalt des Schuldverhältnisses bildet, um objektive oder um subjektive Unmöglichkeit der Erfüllung handelt, die Entscheidung wesentlich davon ab, ob die betreffende Sache wegen ihrer Zweckbestimmung für die sie besitzende Korporation des öffentlichen Rechtes unentbehrlich ist, oder nicht. Im ersteren Falle wäre objektive, im letzteren subjektive Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen[10].

Kollath, Die Geltung der römisch-rechtlichen Grundsätze über die res extra commercium im heutigen Recht (Breslauer Dissert. 1894) S. 63; Rehbein, das B. G. B. mit Erläuterungen I S. 74 fg. und Zitelmann, Das Recht des B. G. B., Allgemeiner Teil (Leipzig 1900) S. 85 fg.

[9] Uneingeschränkt vertreten wird sie von Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht Bd. II § 240, woselbst es S. 446 heißt: „Der Kauf einer dem Verkehre entzogenen Sache, in den Quellen widerspruchsvoll behandelt, wird im heutigen Recht ohne weitere Unterscheidung als giltiger Kauf nach Analogie des Kaufs einer dem Verkäufer fremden Sache zu behandeln sein.“ Vgl. auch Motive II S. 177.

[9a] Man denke an öffentliche Gebäude, wie Gerichts- und Parlamentsgebäude, Rathäuser, Kasernen u. s. w.

[10] Auch hier ist denkbar, dass sich die anfänglich objektive Unmöglichkeit der Leistung nachträglich in eine subjektive verwandelt. Siehe Anm. 7.

γ) Gegenstand des Schuldverhältnisses ist nicht eine körperliche Sache, sondern ein Recht, zu dessen Abtretung an den Gläubiger der Schuldner sich verpflichtet hat; die Bewirkung der Leistung ist aber wegen „mangelnden Bestandes" des Rechtes nicht möglich. Hier kann man sowohl behaupten, die Unmöglichkeit der Leistung, die vorliege, sei eine objektive, weil es, ähnlich wie im Falle der Nichtexistenz der körperlichen Sache, an dem Objekte der Schuldverbindlichkeit fehle; wie sich andrerseits auch argumentieren lässt, anderen Personen als dem Schuldner wäre es vielleicht möglich gewesen, das Recht zu begründen, und darum stelle die Unfähigkeit des Schuldners, die Leistung zu bewirken, nur ein Unvermögen zur Leistung, nur eine subjektive Unmöglichkeit dar[11]. Es ist in der That schwer, zu sagen, für welche von beiden Alternativen man sich entscheiden soll. Nur das Eine steht mit zweifelloser Sicherheit fest: es giebt Fälle, wo die Nichtexistenz des vom Schuldner an den Gläubiger zu übertragenden Rechtes unstreitig eine objektive Unmöglichkeit der Leistung begründet, weil außer dem Schuldner auch kein Dritter im Besitz eines solchen Rechtes sein kann. So liegen beispielsweise die

[11] So nimmt z. B. Mommsen in seinen Beiträgen I S. 134 beim Verkauf einer nicht existierenden Forderung aus dem erstgedachten Grunde objektive Unmöglichkeit der Leistung an; hingegen behauptet Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 70, dass, wenn jemand eine Forderung verkauft, die nicht existiert, die aber an sich existieren könnte, der Fall ähnlich liegt, wie wenn jemand eine Superficies an einem fremden Hause verkauft, während weder ihm selbst noch einem Anderen ein solches Recht an dem Hause zusteht. Es existiert hier zwar keine Superficies, aber eine Sache ist da, die an sich die Fähigkeit besitzt, die Vorteile einer Superficies zu gewähren. Ebenso — meint offenbar Jhering — ist beim Verkauf einer nicht existierenden Forderung die Person des angeblichen Schuldners da, die fähig ist, die Handlungen, welche den Gegenstand der vermeintlichen Forderung bilden, vorzunehmen. Mommsen hat dann später, im Anschluss an die Ausführungen Jherings, seine frühere Meinung geändert (2. Heft der Erörterungen aus dem Obligationenrecht [Braunschweig 1879] S. 89 Anm. 4). Hingegen steht auf dem von Mommsen aufgegebenen Standpunkt Bechmann, der Kauf II § 239, wenn er sagt: „Die Forderung, die nicht existiert, ist gerade so Null, wie die bloß in der Einbildung vorhandene Sache oder Erbschaft." Die Motive II S. 177 stellen den Verkauf einer nicht existierenden Forderung unter das „Unvermögen des Schuldners zur Leistung", während Stammler, a. a. O. S. 107 fg. darin einen Fall von objektiver Unmöglichkeit der Leistung erblickt.

Verhältnisse, wenn es sich um die Abtretung einer Forderung handelt, die deshalb nicht existiert, weil sie ihrerseits wiederum auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist (§ 306 B.G.B.); oder wenn es sich um die Übertragung eines Rechtes handelt, zu dessen Bestand weder der Schuldner, noch sonst jemand die notwendigen sachlichen Unterlagen herbeizuschaffen vermag: A verspricht dem B die Überlassung eines ihm vermeintlich zustehenden Patentrechts; er kann aber sein Versprechen nicht erfüllen, weil die Erfindung, um die es sich handelt, keine neue im Sinne des Patentgesetzes und darum eines patentrechtlichen Schutzes überhaupt nicht fähig ist; oder den Inhalt des Schuldverhältnisses bildet die Einräumung von Mitgliedschaftsrechten und diese sind wegen des mangelnden Substrates einer rechtlich relevanten Personenmehrheit in Wirklichkeit nicht vorhanden: es verkauft jemand Aktien oder Kuxe einer nicht eingetragenen Aktiengesellschaft bezw. einer vom Bergamt nicht bestätigten Gewerkschaft. Hingegen dürfte aus dem zweiten der vorhin für und wider geltend gemachten Gründe subjektive Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen sein, wenn zwar die abzutretende Forderung selbst nicht, wohl aber der Gegenstand, auf den sie gerichtet ist, existiert, also immer, wenn es sich um die Cession von nicht vorhandenen Geldforderungen handelt; sodann wenn die Forderung zwar äußerlich als eine zu recht bestehende erscheint, in Wahrheit aber ihrer Wirksamkeit, entweder auf immer, oder doch auf Zeit, durch eine Einrede beraubt ist; und endlich, wenn die Forderung dem Schuldner selbst zwar einwandsfrei zusteht, ihre Übertragung aber aus cessionsrechtlichen Gründen nicht erfolgen kann, sei es, weil die Leistung an einen anderen, als den ursprünglichen Gläubiger eine Veränderung ihres Inhalts bedeutet, sei es, weil ihre Abtretung durch Vereinbarung mit dem debitor cessus ausgeschlossen ist, sei es endlich, weil sie der Pfändung nicht unterworfen ist (B. G. B. §§ 399, 400)[12].

[12] Übrigens mag hervorgehoben sein, dass der Frage, ob es sich in den unter γ erörterten Fällen um objektive oder um subjektive Unmöglichkeit der Leistung handelt, angesichts des später noch zu besprechenden § 437 und der sich auf ihn berufenden §§ 445, 515, 523 Abs. 2, 1624 Abs. 2 nach B. G. B. nicht mehr die praktische Bedeutung zukommt, die sie im gemeinen Rechte hatte.

b) So lange, wie die vom Schuldner zu leistende Sache bloß der Gattung nach bestimmt ist, lässt sich nach dem, was oben in § 1 unter II gesagt wurde, von einer objektiven Unmöglichkeit der Leistung nur sprechen, wenn entweder die Gattung als solche zu existieren aufgehört hat oder doch die Beschaffung von Gegenständen des fraglichen genus eine so schwierige geworden ist, dass sie billigerweise niemandem zugemutet werden kann. Hiernach würde also objektive Unmöglichkeit der Leistung vorliegen, wenn ein ausländischer Schuldner aus einer im Inland nicht vorhandenen Gattung zu liefern hat, an der Erfüllung der Verbindlichkeit aber durch ein in seinem Staate erlassenes Ausfuhrverbot verhindert wird; oder wenn die Lieferung von Kohlen aus einem bestimmten Revier in Frage steht, und in diesem Revier ein die Kohlenproduktion zeitweise unterbrechender allgemeiner Bergarbeiterstreik ausbricht; oder wenn die Gattung, aus der geleistet werden soll, in anderer Weise lokalisiert ist und der ihren Ursprungsort darstellende Bezirk von dem Verkehr mit der Außenwelt entweder durch Naturereignisse oder durch eine feindliche Blokade oder sonstige kriegerische Operationen abgeschnitten wird[13]. Hingegen würde es sich um subjektive Unmöglichkeit der Leistung handeln, wenn der Schuldner eine übernommene Bestellung nur deshalb nicht auszuführen vermag, weil er an einer schweren Krankheit darniederliegt, die ihm die Weiterführung seiner Geschäfte unmöglich macht, und niemand da ist, der für ihn die Abwickelung der letzteren übernehmen will; oder wenn die Erfüllung des Schuldverhältnisses unterbleibt, weil der Schuldner die zu liefernden Waren nicht besitzt und weder Geld noch Kredit hat, um sie sich zu verschaffen (z. B. es sollen Kohlen aus einem bestimmten Revier geliefert werden, und in der Grube des betreffenden Produzenten, bei dem sie bestellt sind, kann zur Zeit nicht gearbeitet werden; es fehlen ihm aber auch die Barmittel, um die nötigen Kohlen von einem der übrigen Bergwerksbesitzer

[13] Das Gleiche muss gelten, wenn nicht der Herkunftsort, sondern der Bestimmungsort der Ware in dieser Weise vom Verkehr mit der Außenwelt abgeschnitten wird. Auch dann wäre objektive Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen.

des Reviers zu kaufen)[14]; oder es sind Gattungssachen verkauft, die an sich überall oder doch so gut wie überall zu haben sind, die aber gerade der Schuldner, der sich zu ihrer Leistung verpflichtet hat, nicht zu liefern vermag, weil zwischen seinem Domizil und dem Wohnort des Gläubigers der Transportverkehr während des für die Bewirkung der Leistung in Betracht kommenden Zeitraums unterbrochen ist, oder der Vorrat an Waren, den er bei sich aufgespeichert hat, kurz vor der Fälligkeit der Schuld abbrennt, und die als Ersatz von auswärts herbeigerufene Sendung nicht rechtzeitig eintrifft[15]. —

2. Besteht der Inhalt der vom Schuldner zu prästierenden Leistung nicht in einem dare, sondern in einem facere, so können die Gründe, welche die Erfüllung des Schuldverhältnisses verhindern, entweder in der Person des Schuldners selbst liegen (er stirbt, bezw. wird infolge Krankheit leistungsunfähig) oder sie können in dem Substrat der vom Schuldner zu entfaltenden Thätigkeit liegen: nämlich in dem Gegenstand, an welchem er, mit welchem er, in welchem er thätig werden soll. In ersterem Falle ist zu unterscheiden, ob das Thun, um das es sich handelt, vom Schuldner persönlich vorgenommen werden soll oder nicht. Hat der Schuldner nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses in Person zu leisten, so versteht es sich von selbst, dass alle Hindernisse, die sich der Entwicklung seiner persönlichen Thätigkeit entgegenstellen, eine objektive Unmöglichkeit der Leistung begründen. Denn wenn die Obligation ihrem Inhalt nach durch den Schuldner selbst erfüllt werden muss, dieser aber zur Bewirkung der Leistung nicht im stande ist, so ist die Verbindlichkeit aller-

[14] Ähnlich würde der Fall liegen, wenn der auswärtige Schuldner, der die bestellte Ware infolge eines Ausfuhrverbots nicht liefern kann, dieselbe ebensogut im Inland auftreiben könnte, dies aber mangels der dazu erforderlichen Geldmittel zu thun unterlässt. Beachte aber auch oben § 1 Anm. 28a.

[15] Die Folge davon, dass es sich in den zuletzt gedachten Fällen um subjektive Unmöglichkeit der Leistung handelt, ist, dass der Schuldner hier die, sei es totale, sei es zeitweise Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit unbedingt zu vertreten hat: B. G. B. § 279. Dass dies bisweilen sehr unbillig sein kann, liegt auf der Hand. Siehe unten § 5 unter 3.

wärts unerfüllbar[16]. Ist hingegen die geschuldete Thätigkeit von der Art, dass der Schuldner nur für die Vornahme einer bestimmten Arbeit sorgen soll, keineswegs aber sie selbst zu verrichten braucht — wie dies bei der Mehrzahl der im täglichen Leben abgeschlossenen Werkverträge der Fall ist, — so würde, wenn der Schuldner persönlich die Arbeit nicht zu leisten vermag und es ihm nicht gelingt, einen anderen zu finden, der sie für ihn prästiert, nur eine subjektive Unmöglichkeit der Leistung vorliegen.

In ähnlicher Weise erledigt sich die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit, wenn die Erfüllung der Obligation von seiten des Substrates der schuldnerischen Thätigkeit in Frage gestellt wird. Ist der Gegenstand, an welchem der Schuldner thätig werden soll, individuell bestimmt, so bewirkt der Untergang des Gegenstands (bezw. das Untauglichwerden desselben für die mit ihm vorzunehmende Operation) eine objektive Unmöglichkeit der Leistung. Ist er hingegen generell bezeichnet — z. B. ich bestelle mir beim Schuhmacher ein paar Stiefel von braunem Kalbsleder; beim Schneider einen schwarzen Rock von gutem Kammgarnstoff, — so würde, wenn der Schuldner aus irgend welchen Gründen sich das nötige Material nicht zu beschaffen vermag, nur eine subjektive Unmöglichkeit der Leistung gegeben sein. Und versagen dem Schuldner die Mittel, die zur Leistung der

[16] So liegt also objektive Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn ein Künstler das von ihm verlangte Porträt nicht malen kann, weil eine Lähmung seines Armes eingetreten ist oder seine Augen die Sehkraft verloren haben; wenn das Dienstmädchen die ihr obliegenden Dienste nicht verrichten kann, weil es krank geworden ist; wenn dem Lehrer, der sich zum Unterricht an einer Privatschule verpflichtet hat, von der Obrigkeit die facultas docendi entzogen wird (vgl. Entsch. d. Reichsger. Bd. 5 S. 278); wenn der Lehrherr die im Lehrlingsvertrag übernommenen Pflichten nicht erfüllen kann, weil ihm durch strafrichterliches Urteil die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt worden sind, wodurch er rechtlich die Fähigkeit verloren hat, sich mit „der Anleitung von Arbeitern unter 18 Jahren zu befassen“: vgl. § 106 der Reichs-Gewerbeordnung. (Zu Unrecht stellen Mandry-Geib, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl. S. 96 diesen Fall unter die subjektive Unmöglichkeit der Leistung). — Ob und inwieweit die Erfüllung eines Vertrages die persönliche Thätigkeit des Schuldners erfordert, ist quaestio facti. In ausführlicher Breite hat sie Mommsen behandelt: Beiträge I S. 70—86.

betreffenden Arbeit bezw. zur Herstellung des geforderten opus notwendig sind, so kommt es wiederum darauf an, ob der Inhalt des Schuldverhältnisses ein bestimmtes Mittel für die Erfüllung der Verbindlichkeit vorschreibt, oder ob dasselbe von den Parteien als ein mehr oder minder fungibles gedacht worden ist. Gebe ich ein Kleidungsstück zum Reinigen oder zum Färben in eine chemische Waschanstalt, so ist es mir in aller Regel vollständig gleichgültig, ob der Schuldner sich des ihm gewordenen Auftrags im Wege der Handarbeit oder der Maschinenarbeit entledigt, und wenn letzteres, ob er dies in eigener oder in fremder Fabrik thut. Würde er also seine Verbindlichkeit nicht erfüllen können, weil die betreffenden Arbeiter oder Arbeiterinnen, die er mit der Herstellung des opus betrauen wollte, ihm den Dienst gekündigt haben, oder weil seine Fabrik niedergebrannt ist, und es ihm nicht gelingt, die geschuldete Arbeit durch andere Personen oder in einem anderen Lokal herstellen zu lassen, so würde es sich um eine subjektive Unmöglichkeit der Leistung handeln. Soll aber ein opus in einer bestimmten Werkstätte hergestellt werden, weil die Herkunft gerade aus dieser Fabrik ihm eine im Verkehr wesentliche Eigenschaft verleiht — es soll z. B. ein Pianino von einer bestimmten Firma gebaut, eine Glocke in einer bestimmten Gießerei gegossen werden — so würde der Untergang des betreffenden Etablissements eine objektive Unmöglichkeit der Erfüllung bedeuten. Ähnliche Gesichtspunkte greifen Platz beim Frachtvertrag. Ist der Transport von Waren mittelst eines bestimmt bezeichneten Schiffes bedungen, so bewirkt dessen Untergang objektive Unmöglichkeit der Leistung; ist hingegen bezüglich des Schiffes eine besondere Abmachung nicht getroffen worden, so liegt, wenn die vom Reeder für den Transport gewählten Schiffe sich als untauglich erweisen und er sie durch neue zu ersetzen nicht im stande ist, auf seiner Seite bloß ein Unvermögen zur Leistung vor. Und handelt es sich um die Beförderung von Personen oder Gütern auf der Eisenbahn, so ist die Leistung objektiv unmöglich, wenn für den Transport nach dem Inhalt des Frachtvertrags nur eine einzige Strecke in Betracht kommt und gerade diese Strecke nicht befahrbar ist. Hingegen würde

einem Spediteur, der den Transport von Waren nach dem Orte X übernommen hat, ohne dass dabei zwischen ihm und dem Versender über den Weg, den letztere laufen sollten, etwas ausgemacht wurde, die Leistung subjektiv unmöglich sein, wenn die Waren auf der Strecke, die er gewählt hat, wegen Störung des Betriebes unterwegs liegen bleiben müssten, während sie auf anderem Wege ungehindert an ihr Ziel gelangt wären.

3. Da die lediglich in einem Unterlassen bestehenden Leistungen vom Schuldner stets in Person zu prästieren sind, andrerseits kein außerhalb derselben liegendes Substrat voraussetzen, so kann bei ihnen, soweit hier die Unmöglichkeit der Leistung überhaupt eine Rolle spielt, nach dem soeben unter 2) Gesagten immer nur von objektiver Unmöglichkeit der Erfüllung die Rede sein. —

Wenden wir uns nach diesen, das Wesen der Unterscheidung charakterisierenden Ausführungen noch kurz einer Kritik des, hier von der Rechtswissenschaft und vom Gesetzbuch geschaffenen Gegensatzes zu, so dürfte aus dem bisher Gesagten zur Genüge erhellen, dass die Grenze zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit sich noch weniger sicher ziehen lässt, als die von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung. Und neben diesem praktischen, tritt auch das theoretische Bedenken, das sich dort gegen die de lege lata angenommene Distinktion geltend machte, hier wieder, und zwar in noch schärferer Weise zu Tage. Denn wenn wir schon bei der Besprechung der anfänglichen Unmöglichkeit zu dem Ergebnis kamen, dass bei der Aufstellung dieses Begriffes das ganze Schwergewicht der Betrachtung auf einen für die Leistungspflicht des Schuldners bedeutungslosen Zeitpunkt verlegt wird, so finden wir hier als Kriterium der Unterscheidung einen Umstand verwendet, der mit der Leistungspflicht des Schuldners noch viel weniger zu thun hat, als der Augenblick der Entstehung des Schuldverhältnisses. Da die Obligation ein Rechtsband nur um die Person des Gläubigers und des Schuldners schlingt, ersterer also die Leistung auf Grund des Schuldverhältnisses nur von letzterem, nicht auch von dritten Personen, zu verlangen berechtigt ist, so kann es für die Frage:

welchen Einfluss hat das Nichtleistenkönnen des Schuldners auf dessen Leistungspflicht? unmöglich von Wichtigkeit sein, ob neben dem Schuldner andere Leute zur Bewirkung der Leistung fähig oder unfähig sind. Dazu kommt noch, dass der Begriff der subjektiven Unmöglichkeit der Leistung an einem inneren Widerspruch leidet. Denn wenn sich am Tage der Fälligkeit ergiebt, dass die Leistung dem Schuldner nur subjektiv unmöglich ist, so kann man noch nicht sagen, dass dadurch die Erfüllung der Verbindlichkeit unter allen Umständen ausgeschlossen ist. Es kann ja der Schuldner nachträglich das ihm zur Bewirkung der Leistung fehlende Recht noch erwerben, oder die mangelnden thatsächlichen Beziehungen zur Sache noch herstellen; oder, wenn es sich um eine obligatio ad faciendum handelt, noch einen Dritten finden, der für ihn die geschuldete Arbeit vornimmt. Es begründet somit das Unvermögen des Schuldners zur Leistung im Moment der Fälligkeit in der Regel nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung, teilweise nämlich in Ansehung der Zeit. Ist aber der Zeitraum, innerhalb dessen die Verbindlichkeit vertragsgemäß zu erfüllen war, verstrichen, ohne dass der Schuldner in die Lage gekommen ist, die Leistung bewirken zu können, so ist die letztere nunmehr total unmöglich geworden, aber nicht nur für den Schuldner, sondern für jedermann, indem der Inhalt des Schuldverhältnisses von jetzt an überhaupt keine nachträgliche Leistung mehr zulässt[17]. Entweder hat also das

[17] Vgl. oben § 2 d. Darstellung, unter 1 b und c. — Daraus, dass das Unvermögen des Schuldners zur Leistung zunächst nur eine teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit begründet, folgt, dass da, wo der Schuldner die subjektive Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten und infolgedessen dem Gläubiger das Interesse zu ersetzen hat, letzterer Schadensersatz wegen totaler Unmöglichkeit der Leistung erst dann verlangen kann, wenn der Zeitpunkt gekommen ist, mit dessen Ablauf die nachträgliche Bewirkung der Leistung nicht mehr statthaft ist. Denn erst dann steht fest, dass die Erfüllung der Verbindlichkeit total unmöglich geworden ist. Wie aber der Gläubiger bis dahin nur nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen kann, so muss er andrerseits, sobald jene zeitliche Grenze erreicht ist, unbedingt von der Leistungsklage zur Schadensersatzklage übergehen. Siehe unten § 7, Text zu Anm. 52. In der Litteratur und Judikatur des gemeinen Rechtes herrschte in dieser Beziehung, infolge unscharfer Auffassung des ohnehin leicht missverständlichen Begriffs der subjektiven

Urteil: eine Leistung ist subjektiv unmöglich, wirkliche Berechtigung, dann sagt es uns weiter nichts, als dass eine teilweise (zeitweise) Unmöglichkeit der Leistung vorliegt; oder es steht fest, dass eine Leistung total unmöglich geworden ist, dann kann nicht mehr von subjektiver, sondern nur noch von objektiver Unmöglichkeit gesprochen werden.

Angesichts der ihr anhaftenden Mängel erhebt sich auch bezüglich dieser Unterscheidung die Frage, ob sie nicht de lege ferenda entbehrlich ist. Auch hier ist zur Beantwortung der Frage notwendig, dass wir zuvor die praktische Verwertung kennen, welche die Unterscheidung seitens der lex lata erfahren hat. Nun hat sie das Gesetzbuch, wie schon angedeutet, einmal in der Weise verwendet, dass es bei Schuldverhältnissen, deren Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, den Schuldner, der sonst in aller Regel nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, für die subjektive Unmöglichkeit der Leistung haften lässt, auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt (§ 279). Es wird sich unten in § 5 zeigen, dass das B. G. B. in diesem Falle nicht nur ohne den Begriff der subjektiven Unmöglichkeit hätte auskommen können, sondern dass letzterer ihm an dieser Stelle geradezu gefährlich geworden ist, indem es sich durch diesen Begriff zur Aufstellung eines Rechtssatzes hat verleiten lassen, der in seiner jetzigen Fassung nicht brauchbar ist. Indessen handelt es sich hier auch nur um eine zufällige, mehr aus redaktionellen, als aus inneren Gründen

Unmöglichkeit, arge Verwirrung. Vgl. Mommsen, Beiträge I S. 229 fg. und III S. 413; Gruchot, Glossen zum A. L. R. in seinen Beiträgen zur Erläuterung u. s. w. Bd. 3 S. 134; Hartmann a. a. O. S. 252 fg.; ferner die unrichtige Bemerkung über die subjektive Unmöglichkeit bei Windscheid II § 264 Anm. 7; die Urteile in Seufferts Archiv Bd. 15 No. 215; 24 No. 28; 30 No. 29 und 247; 34 No. 196; die Entscheidungen des obersten Landes-Gerichts für Bayern in dessen Sammlung Bd. 7 S. 727; Bd. 8 S. 230; die Entscheidungen des Reichsgerichts: in Bd. 31 S. 185 und Bd. 32 S. 131 der offiziellen Sammlung; in Bd. 49 No. 86; Bd. 52 No. 150; Bd. 54 No. 216 von Seufferts Archiv; in Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 927 und Bd. 35 S. 931; und in Bolzes Praxis Bd. 8 No. 181 und Bd. 11 No. 120. Die hier berührte Frage ist übrigens für das Recht des B. G. B., zufolge der dem Gläubiger in den §§ 283 und 326 verliehenen Fristsetzungsbefugnis, nicht mehr von der gleichen praktischen Bedeutung, wie im gemeinen Recht. Beachte auch oben § 1 der Darstellung, Text zu Anm. 50.

erfolgte Heranziehung des Begriffs der subjektiven Unmöglichkeit. Der entscheidende praktische Unterschied, der sich nach B. G. B. an den Gegensatz von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung knüpft, besteht darin, dass der auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag nichtig, der hingegen nur auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete gültig ist[18]. Ob hier die verschiedenartige Behandlung von Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen des Schuldners zur Leistung innerlich gerechtfertigt ist, hängt davon ab, inwieweit es notwendig ist, bei den Wirkungen, welche die Unmöglichkeit der Leistung auf das Schuldverhältnis ausübt, zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit zu unterscheiden[19]. Die vorhin

[18] Ja, man kann sagen, dass um dieses Unterschiedes willen die Begriffe: „objektive“ und „subjektive“ Unmöglichkeit überhaupt erst geschaffen worden sind. Denn forscht man bei Mommsen nach, was ihn bewogen hat, diesen Gegensatz als grundlegend für die Lehre von der unmöglichen Leistung hinzustellen, so wird man finden, dass er von der Beobachtung ausgegangen ist, dass in den römischen Quellen der Vertrag, in welchem der Schuldner eine ihm nicht mögliche Leistung verspricht, in einer Reihe von Fällen für nichtig, in einer anderen Reihe von Fällen aber für gültig erachtet wird. Je nachdem die eine oder die andere Wirkung eintritt, spricht Mommsen von objektiver oder von subjektiver Unmöglichkeit, ohne dabei der Frage sehr nahe zu treten, worin denn das Kriterium besteht, das uns erkennen lässt, welche Art von Unmöglichkeit im einzelnen Falle vorliegt. — Dass unser Gesetzbuch die Belastung mit der Unterscheidung von Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen des Schuldners zur Leistung ähnlichen Erwägungen zu verdanken hat, zeigt sich, wenn man der Entstehungsgeschichte des Gesetzes bis in die allerersten Anfänge seines Werdens nachgeht. In dem von Kübel redigierten Vorentwurf finden sich nämlich folgende (nicht numerierte) Paragraphen: „Verträge über Leistungen, welche nicht möglich sind, ... sind nichtig.“ „Kann der Schuldner die ihm obliegende Verbindlichkeit nicht oder nicht vollständig erfüllen, weil er eine **ihm** ganz oder teilweise unmögliche Leistung versprochen hat, ... so besteht die Verbindlichkeit demungeachtet und der Gläubiger kann den Ersatz des .... verursachten Schadens verlangen.“ Vgl. auch die dem Vorentwurf beigegebene Begründung zu diesen §§.

[19] Mit anderen Worten: solange, wie man an der unterschiedlichen Behandlung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit festhält, solange lässt sich auch der Gegensatz von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit nicht aus der Welt bringen. Darum ist er auch trotz der vielfachen Angriffe, denen er in der juristischen Litteratur bereits ausgesetzt gewesen ist, bis heute thatsächlich noch nicht überwunden worden. Am eindringlichsten ist Hartmann gegen ihn aufgetreten im zweiten Teile

gestellte Frage fällt also in der Hauptsache mit der oben am Schlusse von § 3 aufgeworfenen zusammen und sie kann darum erst erledigt werden, wenn jene zur Beantwortung reif ist[20].

5. Die vom Schuldner zu vertretende und die von ihm nicht zu vertretende Unmöglichkeit.

§ 5.

Die Einteilung der unmöglichen Leistungen in solche, die der Schuldner zu vertreten hat, und solche, die er nicht zu vertreten hat, fasst bereits die Rechtswirkungen der Unmög-

seines geistvollen Buches über die Obligation. (Vgl. auch denselben Schriftsteller in Jherings Jahrbüchern Bd. 22 S. 421 fg.) Indessen kann man sich seine Polemik deshalb nicht zu eigen machen, weil sich seine Ausführungen in letzter Linie nicht sowohl gegen die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit wenden, als darauf hinauslaufen, den Begriff der Unmöglichkeit, als einen „rein logischen und formalen", aus der Rechtssprache gänzlich zu eliminieren. Dieses Ziel aber ist weder erreichbar noch erforderlich. Es ist nicht erreichbar: denn kein Gesetzbuch vermag des Begriffes der unmöglichen Leistung zu entraten. Der „Zweck" und das „Soll" der Obligation, Dinge die nach der Meinung Hartmanns an seine Stelle zu treten hätten (Obligation S. 271 u. 72) sind etwas so Vages und Unbestimmtes, dass sich kein Gesetz mit ihnen befassen kann. Es ist aber auch nicht erforderlich: denn wenn wirklich der logische Begriff des Unmöglichen ein rein „formaler" und darum für die Bedürfnisse des Rechtslebens unbrauchbarer ist, so folgt daraus nur, dass er bei seiner Aufnahme in die Welt der Rechtsbegriffe in einer den Bedürfnissen der Jurisprudenz entsprechenden Weise umgestaltet werden muss, wie dies am Anfang der Darstellung (vgl. oben S. 2 ff.) zu thun versucht worden ist. Wie wenig die Hartmann'schen Ausführungen zu legislativer Verwertung geeignet sind, zeigt am besten der, meines Wissens einzige, Versuch, welcher in dieser Richtung gemacht worden ist. Ubbelohde hat seiner Zeit im Anschluss an die Hartmann'schen Gedanken im Archiv f. civil. Praxis Bd. 85 S. 120 vorgeschlagen, dem § 232 des E. II folgenden Wortlaut zu geben: „Soweit der Schuldner alles im gegebenen Falle zwecks Erbringung der geschuldeten Leistung ihm Obliegende gethan hat, wird er von seiner Verpflichtung auch dann befreit, wenn deren Zweck nicht erreicht wird, es sei denn, dass er aus einem anderen Grunde für dessen Vereitelung einzustehen hat." Ich glaube nicht, dass, wenn dieser von Ubbelohde projektierte Paragraph Gesetzeskraft erlangt hätte, das B. G. B. dadurch eine wesentliche Verbesserung erfahren hätte.

[20] Siehe unten § 11 unter III.

lichkeit der Leistung ins Auge. Denn je nachdem das eine oder das andere der Fall ist, vermag der Gläubiger den Schaden, den er durch das Unmöglichwerden der Leistung erleidet, auf den Schuldner abzuwälzen, oder wird er gezwungen, ihn selbst zu tragen. Die Frage aber, welche Unmöglichkeit der Schuldner zu vertreten hat und welche nicht, ist rein positivrechtlichen Charakters. Vom Boden des B. G. B. aus lässt sie sich nicht für alle Schuldverhältnisse gleichmäßig beantworten. In der Regel hat der Schuldner nur für die verschuldete, bisweilen aber hat er auch für die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung aufzukommen. Ja, selbst innerhalb ein und desselben Schuldverhältnisses ist die Haftung nicht immer einheitlich geregelt, so dass mitunter ein und derselbe Schuldner gewisse Umstände unbedingt, andere nur bei Vorhandensein von culpa zu vertreten hat. So haftet der Verkäufer, wenn er wegen anfänglicher Mängel im Rechte oder wegen Fehler der Sache seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag nicht oder nicht vollständig erfüllen kann, dem Käufer auf Schadensersatz bezw. auf Wandelung auch ohne unterlaufendes Verschulden, während er für den Untergang der Sache nur dann, wenn er ihn schuldhaft herbeigeführt hat, verantwortlich ist. Es erfordert also die Beantwortung der Frage, für welche Unmöglichkeit der Schuldner aufzukommen hat und für welche er nicht einzustehen braucht, nicht nur eine Darstellung der allgemeinen vom Gesetz hierüber aufgestellten Regeln, sondern auch ein Eingehen auf die Rechtssätze der einzelnen Schuldverhältnisse. Daher findet das hier Auszuführende seine Ergänzung im vierten Kapitel, wo wir auf die Besonderheiten einzelner Schuldverträge zu sprechen kommen[1]. An dieser Stelle müssen wir uns darauf beschränken, zuvörderst die allgemeinen Grundsätze kennen zu lernen, die das Gesetzbuch über die Haftung des Schuldners aufgestellt hat.

1. Zufolge § 276 hat der Schuldner, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, die vorsätzlich und fahrlässig, d. h. die schuldhaft herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten.

[1] Vgl. dazu unten S. 98 und 99.

a) Vorsätzlich hat der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung dann verursacht, wenn er sie herbeigeführt hat in bewusstem Wollen des obligationswidrigen Erfolges[2]. Nicht erforderlich ist, dass der Vorsatz des Schuldners ausschließlich auf das Unmöglichmachen der Leistung gerichtet war. Es genügt, dass er sich diese Folge als eventuell eintretend vorgestellt und sie für den Fall ihres Eintritts in seinen Willen aufgenommen hat[3]. Ferner ist nicht erforderlich, dass er diesen Erfolg herbeigeführt hat in der Absicht, den Gläubiger zu schädigen. Doch wäre es zweifellos zu weitgehend, wenn man auf der anderen Seite das Motiv, aus welchem heraus der Schuldner die Leistung unmöglich gemacht hat, als gänzlich irrelevant für die Frage nach der Verschuldung ansehen wollte. Es macht sich auch hier eine Rücksichtnahme auf § 242 des Gesetzbuchs notwendig[4]. Hiernach darf der Schuldner, ohne dass es ihm zur Schuld angerechnet werden kann, die Leistung vorsätzlich unmöglich machen, wenn die Verkehrssitte das Unterlassen der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführenden Handlung nach Treu und Glauben nicht fordert: es kann z. B. der Schuldner auf keine andere Weise sich oder dritte Personen aus einer Gefahr, in der sie sich befinden, befreien[5]. Das Gesagte beschränkt sich aber keineswegs auf

[2] Ob das „Wollen des Erfolges" in den Begriff des Vorsatzes aufzunehmen sei, ist bekanntlich bestritten. Dagegen z. B. Endemann I § 112 Anm. 6 a. E.; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) S. 150 ff. und neuerdings Recht des B. G. B., Allgem. Teil S. 156 unter 2 b. Die auf dem Boden des Strafrechts entstandene Kontroverse kann hier nicht weiter verfolgt werden.

[3] Sogenannter dolus eventualis. Seine Abgrenzung von der Fahrlässigkeit, so einfach sie begrifflich ist, kann im einzelnen Falle erhebliche Schwierigkeiten machen. Indessen hat die ganze Unterscheidung, die im Strafrecht eine so große Rolle spielt, für das Civilrecht nur eine sehr untergeordnete Bedeutung, weil der Schuldner in der Regel für Vorsatz und für Fahrlässigkeit einzustehen hat. Erheblich könnte sie nur dann werden, wenn dem Schuldner die Haftung für Fahrlässigkeit im voraus erlassen würde, oder wenn er sich überhaupt von jedem Einstehen für Verschulden befreien ließe, weil dann zufolge § 276 Abs. 2 immer noch die Haftung für Vorsatz übrig bliebe. Anwendungsfälle für einen civilrechtlichen dolus eventualis finden sich noch in den §§ 273 Abs. 2, 393, 826, 1000 des B. G. B.

[4] Vgl. dazu oben § 1 Text u. Anm. 3.

[5] Die Folge davon, dass hier trotz des Vorsatzes die Unmöglichkeit

solche Fälle echten Notstands. Vielmehr lassen sich Situationen denken, wo von einem eigentlichen „Notstand", von einer vorliegenden „Gefahr" kaum gesprochen werden kann, und wo dennoch dem Schuldner ein vorsätzliches Unmöglichmachen der Leistung nicht zum Vorwurf gereichen kann. So werden mitunter Depositare, Kommodatare, Mandatare u. s. w., ohne dass es sich gleich um besonders schwerwiegende Interessen der Beteiligten zu handeln braucht, vor der Alternative stehen, entweder die ihnen anvertrauten fremden Güter oder höherwertige eigene Sachen dem Untergang preisgeben zu müssen[6]. Auch hier wird häufig die Verkehrssitte dem Schuldner nicht nur gestatten, sondern geradezu von ihm verlangen, dass er die höherwertigen Güter auf Kosten der minderwertigen rette. Thut er das, so kann, wie gesagt, darin keine Verletzung der kontraktlichen Pflichten des Schuldners erblickt und darum auch von einer zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung nicht gesprochen werden[7]. Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus lässt sich auch eine Antwort auf die Frage gewinnen, inwieweit dort, wo der Schuldner zu einem persönlichen Thun verpflichtet ist, sein Selbstmord eine von ihm bezw. von seinen Erben zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung begründet. Ich meine: wenn die Grundlagen der Existenz eines Menschen so zerrüttet sind, dass es ihn drängt, das Leben als eine unerträgliche Last von sich zu werfen,

der Leistung als eine vom Schuldner nicht zu vertretende angesehen wird, ist, wie sich in Kapitel 2 zeigen wird, dass der Gläubiger in solchem Falle wegen der Unmöglichkeit der Leistung keinen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner aus dem Schuldverhältnis hat. Wohl aber kann ihm ein solcher Anspruch unter Umständen aus einem anderen Grunde zustehen. So hat z. B. der Deponent, wenn der Depositar die hinterlegte Sache hat vernichten müssen, um sich aus einer Lebensgefahr zu befreien, zwar aus dem Aufbewahrungsvertrag keinerlei Ersatzforderung, wohl aber steht ihm eine solche aus § 904 des B. G. B. zu.

[6] Ein Beispiel findet sich in No. 33 der Jhering'schen Civilrechtsfälle ohne Entscheidung (7. Aufl. 1895). Vgl. auch v. Tuhr, Der Notstand im Civilrecht S. 20 u. 29, und Motive II S. 450.

[7] Aber auch hier handelt es sich nur um die Verneinung der kontraktlichen Pflichtverletzung und darum auch nur um die Verneinung der kontraktlichen Schadenshaftung. Die Frage, ob dem Gläubiger nicht wegen Verletzung seines Eigentums ein außerkontraktlicher Schädenanspruch gegen den Schuldner nach § 823 B. G. B. zusteht, wird dadurch nicht berührt.

dann kann man nicht von ihm verlangen, dass er seinen Gläubigern zu Liebe am Leben bleibt. Derartige Verzweiflungsthaten, die nur das Gewissen des Einzelnen angehen, fallen aus der Rechtssphäre heraus und vertragen keinerlei juristische Beurteilung[8]. Es kann darum in Ansehung des Selbstmordes von einer culpa des Schuldners niemals die Rede sein[9]. — Schließlich lassen sich den Fällen, wo der Schuldner die Leistung vorsätzlich unmöglich machen darf, ohne dass deswegen eine von ihm zu vertretende Unmöglichkeit vorliegt, noch diejenigen hinzuzählen, wo er auf Befehl von Vorgesetzten handelt, denen zu gehorchen er verpflichtet ist. Das B. G. B. enthält zwar hierüber keine ausdrücklichen Vorschriften; es versteht sich aber ganz von selbst, dass bei einer Kollision von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Pflichten die ersteren den letzteren weichen müssen[10]. —

b) Der Schuldner hat ferner einzustehen für Fahrlässigkeit. Fahrlässig aber handelt nach der Legaldefinition des § 276 Abs. 1

[8] Es möchte sich überhaupt empfehlen, dass, wenn bei höchst persönlichen Leistungen des Schuldners Tod oder Krankheit als Gründe der Unmöglichkeit der Leistung in Betracht kommen, der Richter bezüglich der Frage nach der Vertretbarkeit dieser Umstände ausgiebigen Gebrauch von § 242 des B. G. B. macht, um den Schuldner vor unbilligen Anforderungen zu schützen. Selbst wenn letzterer bei einiger Sorgfalt die Krankheit hätte vermeiden können, z. B. dadurch, dass er etwas Bestimmtes nicht gegessen oder an Stelle des einen Kleidungsstücks ein anderes angelegt oder einen bestimmten Ausgang nicht gemacht hätte, wird dennoch die Haftung für die durch die Krankheit herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung in der Mehrzahl der Fälle zu verneinen sein. Denn niemand ist lediglich deshalb, weil er in eigener Person zu leisten hat, nach Treu und Glauben im Verkehr verpflichtet, bei jedem Bissen, den er isst, bei jedem Kleidungsstück, das er anlegt, bei jedem Spaziergang, den er unternimmt, an seine Schuldverbindlichkeit zu denken. Das Gegenteil wäre eine geradezu unsittliche Beschränkung der persönlichen Freiheit des Schuldners.

[9] Deshalb vermag ich auch der in Bd. 39 S. 188 abgedruckten Entscheidung des Reichsgerichts (= Seufferts Archiv Bd. 53 No. 89) nicht beizupflichten, worin der Braut ein Anspruch auf Schadensersatz zuerkannt wird gegen die Erben des Bräutigams, der durch Selbstmord die Eingehung der Ehe unmöglich gemacht hat. Übrigens mag bei dieser Gelegenheit hervorgehoben sein, dass nach B. G. B. (die citierte Entscheidung des R. G. bezieht sich auf das gemeine Recht) in solchem Falle ein Entschädigungsanspruch der Braut, ganz abgesehen von den im Texte angestellten Erwägungen, schon durch die Fassung des § 1298 ausgeschlossen ist.

[10] Vgl. aus dem bisherigen Rechte § 47 A. L. R. I, 6.

derjenige, der „die im »Verkehr« erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt“. Nun kann man bezüglich des Rechtsverkehrs, in den die Menschen miteinander treten, zwei verschiedene Verkehrsarten unterscheiden, denen eine zwiefach verschiedene Sorgfaltspflicht des Schuldners entspricht:

Das eine Mal kommt im Verkehr der Einzelne als Unbekannter in Berührung mit der auch ihm unbekannten Menge, die wir gewöhnlich als „Publikum“ zu bezeichnen pflegen. Bei dieser Art des Verkehrslebens, die ich „öffentlichen Verkehr“ nennen möchte, sind die Parteien, die einander gegenüber stehen, regelmäßig nicht in der Lage, ihre persönlichen Qualitäten wechselseitig zu prüfen. Deshalb kann sich diese Art des Verkehrs, die für das heutige Rechtsleben bei weitem wichtigere, nur dann behaupten, wenn das Publikum vom Einzelnen voraussetzen darf, dass er diejenigen Eigenschaften besitzt, die für ihn notwendig sind, um den Platz im Verkehr auszufüllen, auf den er sich freiwillig begeben hat. Der Verkehr würde sich selbst aufheben, wenn er von dieser Forderung absehen wollte. Daraus folgt: es darf sich derjenige, der seiner Individualität nach außer stande ist, die Sorgfalt zu prästieren, die von ihm an der Stelle des Verkehrs gefordert wird, an der er gerade steht, nicht darauf berufen, dass er im konkreten Falle die Diligenz beobachtet habe, die er nach seinen natürlichen Fähigkeiten allein zu beobachten vermochte. Es kann beispielsweise ein Dienstmann, der seinem Posten nicht mehr gewachsen ist, sein obligationswidriges Verhalten nicht damit entschuldigen, dass er beweist, letzteres sei die Folge von gewissen körperlichen Gebrechen, oder von allgemeiner Alters- und Gedächtnisschwäche gewesen und er habe alles geleistet, was er angesichts der ihm anhaftenden Fehler leisten konnte. Ebensowenig hat der Arzt, der bis in sein hohes Alter die Praxis ausübt, das Recht, sich bei etwaigen Versehen, die er sich zu schulden kommen lässt, auf dieses sein hohes Alter zu berufen; und die Ärztin kann sich nicht damit verteidigen, dass von ihr als einem Weibe billigerweise nicht dasselbe wie von einem Manne verlangt werden dürfe[11]. Der

[11] Es ist darum nicht richtig, wenn Wendt im Archiv f. civil. Praxis Bd. 87 S. 438 fg. meint, die Frage nach der Fahrlässigkeit müsse im all-

Maßstab, nach welchem die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beurteilt werden muss, ist also im öffentlichen Verkehr ein durchaus abstrakter und objektiver: der Chef eines großen kaufmännischen Etablissements hat unter allen Umständen die gesteigerte Sorgfaltspflicht, die der Verkehr an ihn stellt, zu erfüllen, mag er nun im einzelnen Falle ein Greis von achtzig, oder ein Mann von vierzig oder eine Frau von fünfundzwanzig Jahren sein. Es muss sich eben jeder, der sich in den Verkehr begiebt, prüfen, ob er den Anforderungen, die dort an ihn gestellt werden, gewachsen ist[12]. Wer diese Prüfung unterlässt, oder wer sich bei ihrer Vornahme irrt, thut es auf seine Gefahr.

Um eine ganz andere, als die soeben geschilderte Art des Verkehrs handelt es sich dort, wo Zwei, die sich kennen, zu einander in Rechtsbeziehungen treten, und dies thun mit Rücksicht darauf, dass sie sich kennen. Diese Form des Verkehrs, die ich „privaten Verkehr" nennen möchte, liegt z. B. dann vor, wenn der Eine dem Anderen eine Sache leiht, oder als Faustpfand überlässt, oder wenn er ihm einen „Auftrag" erteilt u. s. w. Alles dies sind Geschäfte, die in der Regel

gemeinen beantwortet werden habita ratione aetatis sexus valetudinis. Namentlich was die ratio sexus angeht, so kann den zum Teil berechtigten Forderungen der Frauenwelt nach Gleichstellung mit den Männern im Verkehrsleben nur dann ohne Schaden der Verkehrssicherheit nachgegeben werden, wenn an sie die gleichen Anforderungen gestellt werden, wie an die Männerwelt.

[12] Mit Recht bemerken die Motive II S. 28: „Wer sich auf ein Geschäft einlässt, welches seinerseits eine besondere Sachkunde erfordert, ohne solche zu besitzen, handelt ebenso fahrlässig, als derjenige, der im Besitze der nötigen Sachkunde solche bei Besorgung des Geschäftes nicht anwendet." Schon die Römer sagten in diesem Sinne: imperitia culpae adnumeratur (l. 132 D. de regulis juris 50, 17). — Welche Sorgfalt vom Einzelnen an den verschiedenen Stellen des Verkehrslebens gefordert wird, lässt sich nicht allgemein bestimmen. Sie ist selbstverständlich eine andere für den Dienstmann und den Droschkenkutscher, wie für den Inhaber eines überseeischen Reedereigeschäftes; eine andere für den Handwerker und eine andere für den Großindustriellen; verschieden für den Subalternbeamten und für den höheren Beamten; und nicht die gleiche für den praktischen Arzt und den Spezialisten; eine andere für den Flickschneider als für den Besitzer eines Konfektionsgeschäfts. Sie alle müssen nur eben diejenige Sorgfalt prästieren, die gerade ihrem Stande eignet. Damit erledigen sich wohl die Bedenken, die Wendt a. a. O. S. 440 fg. gegen die Legaldefinition des § 276 Abs. 1 Satz 2 geltend macht.

nicht zwischen fremden Leuten abgeschlossen werden, sondern von Personen, die einander bekannt sind, Geschäfte also, bei denen der Eine mit dem Anderen nur im Hinblick auf dessen persönliche Eigenschaften kontrahiert. Bei dieser Art des Verkehrs kann keine Rede davon sein, dass der Einzelne eine in abstracto bestimmte, nach objektiven Gesichtspunkten zu bemessende Sorgfalt zu prästieren habe. Vielmehr ist er hier immer befreit, wenn er die seiner Individualität entsprechende Diligenz beobachtet hat. Der private Verkehr erheischt mit nichten die Garantie für persönliche Qualitäten, wie sie der öffentliche Verkehr unbedingt erfordert: es ist hier Sache eines Jeden selbst, vorsichtig zu sein in der Auswahl derjenigen, mit denen er in Rechtsbeziehungen treten will[13]. —

Neben dem Begriff der Fahrlässigkeit schlechthin kennt das Gesetzbuch noch besondere Abstufungen derselben, indem es den Schuldner bisweilen nur für grobe Fahrlässigkeit haften, bisweilen nur für diejenige Sorgfalt einstehen lässt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (vgl. § 277). Genau besehen, handelt es sich auch hier nur um „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt". Denn überall da, wo die geminderte Haftung Platz greift, geschieht es eben deshalb, weil in den betreffenden Fällen die Bedürfnisse des Verkehrs sich mit einer geringeren Sorgfalt des Schuldners begnügen[14]. Das

[13] In dem wiederholt entbrannten Streite, ob das B. G. B. sich mit „der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" auf den Standpunkt des objektiven oder des subjektiven Schuldbegriffs gestellt habe, kann man also weder den Vertretern der einen, noch denen der anderen Richtung unbedingt Recht geben. Vielmehr verlangt, wie aus dem Texte erhellt, „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt", je nach den verschiedenen Bedürfnissen der beiden Verkehrsarten, bald eine objektive, bald eine subjektive Beurteilung der schuldnerischen Diligenz.

[14] Nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, haftet: der Verwahrer bei unentgeltlicher Übernahme der Aufbewahrung (§ 690); der Gesellschafter bei Erfüllung der ihm aus dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Pflichten (§ 708); der Ehegatte bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen (§ 1359); der Vater bei der Ausübung der elterlichen Gewalt (§ 1664) und endlich der Vorerbe dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung der Erbschaft (§ 2131). Nur für grobe Fahrlässigkeit haftet: der Schuldner im Falle des Gläubigerverzugs (§ 300 Abs. 1); sodann der

Gesetzbuch hätte also mit dem einen Begriff „Fahrlässigkeit“ = „Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ sehr wohl auskommen können. Es hätte dies nicht nur den theoretischen Vorteil gehabt, dass damit die alten Schulbegriffe „culpa lata“ und „diligentia quam suis“ verschwunden wären, sondern es würde dadurch in einem Falle, nämlich beim Gesellschaftsvertrag, auch sachlich ein besseres Resultat erzielt worden sein. Indem nämlich das Gesetzbuch den Gesellschafter durchweg nur für diejenige Sorgfalt einstehen lässt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, übersieht es die Verschiedenartigkeit der hier in Betracht kommenden Fälle. Die Beiträge, welche die Gesellschafter zu leisten haben, können entsprechend dem Zwecke, der mit der Gesellschaft verfolgt wird, so sehr den Charakter einer lukrativen Zuwendung haben, dass es kaum billig ist, den Gesellschafter strenger als den Schenker haften zu lassen. Hinwiederum lassen sich Fälle denken, wo den Beiträgen der Gesellschafter eine so sichere Aussicht auf Gewinn gegenüber steht, dass es durchaus am Platze ist, den einzelnen socius für omnis diligentia verantwortlich zu machen[15]. Würde das Gesetzbuch den Gesellschafter einfach für „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ haften lassen, so würde sich die Haftung des socius ganz von selbst den Bedürfnissen des einzelnen Falles anpassen. —

c) Zur Annahme einer verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung genügt es nicht, dass dem Schuldner ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln zur Last fällt; es ist vielmehr in aller Regel dazu noch zweierlei erforderlich:

Einmal muss zwischen dem culposen Verhalten des Schuldners und der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung ein Kausalzusammenhang bestehen. Dieser fehlt überall da, wo

Schenker (§ 521); der Verleiher (§ 599); der negotiorum gestor, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt (§ 680) und der Finder (§ 968).

[15] Und doch hat es auch für die auf Erwerb ausgehenden offenen Handelsgesellschaften bei der geminderten Haftung des § 708 B. G. B. sein Bewenden. Zwar ist der Art. 94 des alten H. G. B. in das neue nicht mit herübergenommen worden; vgl. dafür aber § 347 Abs. 2 des letzteren und die zu dem Entwurf des neuen H. G. B. im Reichsjustizamt aufgestellte Denkschrift (Guttentag'sche Ausgabe) S. 83.

die Unmöglichkeit der Leistung auch ohne das schuldhafte Verhalten des Schuldners eingetreten wäre[16]. Andrerseits ist nicht notwendig, dass letzteres die einzige oder auch nur die unmittelbare Ursache für den Eintritt der Unmöglichkeit gewesen ist; es genügt vielmehr, dass dieser mittelbar durch dasselbe veranlasst worden ist. Darum muss ein Ereignis, das lediglich für sich betrachtet einen Zufall darstellen würde, dem Schuldner zur culpa dann zugerechnet werden, wenn er dessen Eintritt schuldhafterweise nicht verhindert, oder dessen schädliche Folgen, obwohl es ihm bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt möglich gewesen wäre, nicht paralysiert hat[17]. Während z. B. die Handlung eines Dritten für den Schuldner in der Regel einen Zufall bedeutet, den er nicht zu vertreten hat, begründet die Wegnahme der geschuldeten Sache durch den Dieb eine vom debitor verschuldete Unmöglichkeit der Leistung dann, wenn der Schuldner den Diebstahl durch seine Unachtsamkeit ermöglicht oder durch Nachlässigkeit in der Verfolgung des Diebes, durch Unterlassen der Anzeige bei der Polizei u. s. w. das Wiedergewinnen der Sache vereitelt hat. Ja, selbst der Sphäre des Schuldners ganz fern liegende Ereignisse, wie der Erlass eines Ausfuhrverbots, können unter Umständen eine verschuldete Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen: es hätte z. B. der Schuldner vermöge seiner Geschäftskunde den

[16] Vgl. §§ 287 Satz 2 und 848 des B. G. B.; ferner § 565 des H. G. B. und § 44 Abs. 1 des Binnenschiffahrts-Gesetzes. — Ein hierher gehöriges Beispiel findet sich in Bolzes Praxis Bd. 22 No. 144: Ein Pächter hatte die Verpflichtung übernommen, einen Weg binnen 3 Jahren (bis 1891) so auszufüllen, dass dieser die Höhe der benachbarten Brückenübergänge erhält und möglichst frei von Hochwasser wird. Er soll sich erst nach Ablauf der Pachtzeit (1894) angeschickt haben, den Weg zu erhöhen. Die Fortsetzung der Arbeit wurde ihm mit Rücksicht auf deichgesetzliche Bestimmungen untersagt. Verpächter wurde zur Rückzahlung der einbehaltenen Pachtkaution verurteilt. Dass der Pächter nicht früher mit der Arbeit angefangen, sei unerheblich, weil dann dasselbe Verbot erlassen worden wäre.

[17] Hat sich also der Schuldner schuldhafter Weise in eine Lage gebracht, in der er auf Grund des § 242 nach dem unter a) Gesagten an sich berechtigt sein würde, die Leistung vorsätzlich unmöglich zu machen, so hat er dann natürlich die Unmöglichkeit wegen des konkurrierenden Verschuldens trotz des § 242 zu vertreten. Vgl. dazu § 228 Satz 2.

Erlass eines solchen Verbots voraussehen können, und darum entweder die Übernahme der Verpflichtung ablehnen, oder den nötigen Vorrat an Waren rechtzeitig außer Landes schaffen müssen[18]. Nach der Theorie von der mittelbaren Verschuldung versteht es sich ganz von selbst, was der § 287 Satz 2 des B.G.B. besonders hervorhebt, dass der in Verzug geratene Schuldner auch für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich ist[19]. Man wird den hierin liegenden Gedanken, dass der Schuldner für die Schicksale der Sache aufzukommen hat, die sie dadurch erleidet, dass sie sich infolge des Verzuges noch beim Schuldner und nicht, wie sie nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses eigentlich sollte, bereits beim Gläubiger befindet, auch in dem Falle zu verwerten haben, wo sich die Sache durch culpa des Schuldners nicht, wie sie sollte, bei ihm, sondern bei einem Dritten aufhält und bei diesem durch Zufall untergeht. Diese Sachlage würde sich beispielsweise dann ergeben, wenn der Verkäufer die verkaufte, noch in seinem Gewahrsam befindliche Sache fahrlässig beschädigt, sie, um den Schaden wieder gut zu machen, zum Reparieren giebt und die Sache nun bei dem Dritten, der die Reparatur vornehmen soll, verbrennt. Auch hier wird man von einer durch den debitor verschuldeten Unmöglichkeit sprechen müssen. Doch lässt sich der Begriff der mittelbaren Verschuldung billigerweise nur da verwenden, wo die Verschuldung in einem gewissen inneren Zusammenhang mit dem Inhalt des Schuldverhältnisses steht. Darum darf man wohl in dem Falle, wo ein Fabrikbesitzer wegen eines in seiner Fabrik ausgebrochenen Streikes seiner Leistungspflicht nicht nachzukommen vermag, unterscheiden, ob der Fabrikherr nach der in den maßgebenden Kreisen herrschenden Auffassung

[18] Vgl. das Urteil des O. L. G. Dresden im Sächs. Archiv Bd. 4 S. 611.

[19] Vgl. auch die §§ 678, 848 und 992 B. G. B. Die strengere Haftung des Schuldners aus § 287 reicht natürlich nie weiter, als der Verzug des Schuldners reicht. Wenn A von B 4 Pferde kauft und dabei vereinbart, dass B das erste Pferd am 1. Januar, das zweite am 1. Februar, das dritte am 1. März und das vierte am 1. April liefern soll, so hat B, wenn er mit der Februarlieferung in Verzug gerät und im gleichen Monat das zweite, dritte und vierte Pferd in ihrem Stalle verbrennen, nur den zufälligen Untergang des zweiten, nicht auch den des dritten und vierten zu vertreten. So mit Recht Dreyer in Gruchots Beiträgen Bd. 37 S. 209.

den Streik hätte verhindern können oder nicht, und je nachdem von verschuldeter oder von unverschuldeter Unmöglichkeit sprechen[20]. Viel zu weitgehend aber ist es, wenn Oertmann in seinem Kommentar S. 259 unter 6 meint, es sei dem Mieter einer Wohnung als Verschulden anzurechnen, wenn ein Arbeiterhaufe die Wohnung demoliert, aus Rache für übermenschliche Härte, die sich der Mieter als Fabrikaufseher hat zu Schulden kommen lassen. Denn die Fehler, die jemand in seinem Beruf begeht, berühren nicht das Schuldverhältnis, das zwischen ihm und dem Vermieter seiner Privatwohnung besteht. Die Ansicht Oertmann's ließe sich allenfalls einem Gesetzbuch gegenüber verteidigen, das in Ansehung der Schadenshaftung auf dem Standpunkt des Veranlassungsprinzips steht; aber vom Boden des B. G. B. aus, das dem Verschuldungsprinzip huldigt, lässt sie sich nicht rechtfertigen. —

Für die Annahme einer verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung ist zweitens noch erforderlich, dass der Schuldner von seiner Leistungspflicht Kenntnis hat, oder dass doch wenigstens die Unkenntnis, in welcher er sich befindet, ihrerseits wieder auf Fahrlässigkeit beruht. Wusste der Schuldner nichts von dem Bestehen eines ihn verpflichtenden Schuldverhältnisses, und konnte er davon auch bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nichts wissen (eine Situation, in der sich sehr häufig der Erbe des Schuldners befinden wird), so kann, auch wenn er die Unmöglichkeit der Leistung noch so unmittelbar verursacht hat, von einer Verschuldung des debitor keine Rede sein[21]. Deshalb liegt niemals eine verschuldete Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn letztere herbeigeführt wird von Personen, die überhaupt nicht im stande sind, die ihnen obliegenden Rechtspflichten zu erkennen. Zu diesen Personen gehören nach B. G. B.:

[20] Vgl. Bolzes Praxis Bd. 12 No. 149.

[21] Der E. I hatte es in § 241 besonders ausgesprochen, dass der Schuldner in solchen Fällen die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten hat. Die 2. Kommission (vgl. Protokolle I S. 319) hat die Bestimmung mit Recht gestrichen. Denn sie versteht sich nach dem Verschuldungsprinzip, welches das Gesetzbuch angenommen hat, von selbst. Vgl. aber auch Förster-Eccius I 7. Aufl. S. 532 für das preuss. Recht und ferner Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des B. G. B. zur objektiven Schadensersatzpflicht (Freiburg 1896) S. 61—63.

erstens die Kinder, das sind alle Menschen, bevor sie das siebente Lebensjahr erreicht haben (§ 828 Abs. 1 in Vbd. mit § 276 Abs. 1 Satz 3);

zweitens die Minderjährigen zwischen vollendetem siebenten und vollendetem achtzehnten Lebensjahr und die Taubstummen ohne Rücksicht auf ihr Lebensalter, sofern diesen Personen bei der Begehung der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht fehlt (§§ 276, 828);

drittens diejenigen, die sich in einem Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befinden, jedoch mit der Maßgabe, dass für denjenigen, der sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt hat, die Befreiung von der Verantwortlichkeit nur dann eintritt, wenn er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist (§§ 276, 827)[22].

2. Zufolge § 278 hat der Schuldner in gleichem Umfang wie das eigene Verschulden dasjenige seines gesetzlichen Vertreters und derjenigen Personen zu vertreten, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Von den mannigfachen Zweifeln, zu denen die nicht sehr glückliche Fassung dieses Paragraphen Veranlassung geben kann und auch schon Veranlassung gegeben hat, interessieren uns hier nur die folgenden:

a) Was zunächst die Haftung des Schuldners für das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter angeht, so gehören hierzu

[22] Die Frage, wann ein solcher Zustand der Bewusstlosigkeit oder eine die freie Willensbestimmung ausschließende krankhafte Störung der Geistesthätigkeit als vorhanden anzunehmen ist, lässt sich nicht mit Hülfe einer juristischen Formel, sondern nur im einzelnen Falle auf Grund medizinischer Gutachten beantworten. Neuerdings glaubt Stammler a.a.O. S. 16 eine „allgemeine und erschöpfende Antwort" auf die Frage nach der Grenze von Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit gefunden zu haben. Diese soll lauten: „Zurechnungsfähigkeit ist die subjektive Möglichkeit, den Inhalt seiner Vorstellungen mit demjenigen von Vorstellungen anderer Menschen zu vergleichen und danach zu richten." Damit ist aber die Frage nicht beantwortet, sondern nur anders gestellt. Denn es muss nunmehr eine Antwort gefunden werden auf die Frage: Welche Menschen sind denn im stande, eine Vergleichung der gedachten Art anzustellen, und sich danach zu richten?

nicht der Konkursverwalter, nicht der Nachlassverwalter, nicht der Nachlasspfleger und auch nicht der Testamentsvollstrecker. Diese Behauptung bedarf eines Beweises wohl nur für den Nachlasspfleger, weil die Fassung des § 1960 Abs. 2 („das Nachlassgericht kann einen Pfleger bestellen »für« denjenigen, welcher Erbe wird") den Anschein erweckt, als handele es sich hier um ein der Pflegschaft der §§ 1909 ff., und somit auch um ein der Vormundschaft analoges Verhältnis (vgl. § 1915)[23]. Wollte man indessen den § 278 auf den Nachlasspfleger anwenden, so würde sich, weil dann der Erbe für eine vom Nachlasspfleger verschuldete Unmöglichkeit der Leistung in gleichem Umfang wie für eine von ihm selbst verschuldete einstehen müsste, das Resultat ergeben, dass der Erbe für das Verschulden des Nachlasspflegers unter allen Umständen, auch bei sonst beschränkter Haftung, mit seinem eigenen Vermögen aufzukommen hätte (denn in Ansehung der eigenen Verschuldung könnte er sich auch nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen). Dieses Ergebnis würde mit anderen Rechtssätzen des Gesetzbuchs über die Erbenhaftung in direktem Widerspruch stehen. Darum kann der Nachlasspfleger nicht zu den gesetzlichen Vertretern im Sinne des § 278 gehören.

Auf der anderen Seite aber bedarf der § 278 auch für die Fälle zweifelloser gesetzlicher Vertretung einer einschränkenden Auslegung. Man wird nämlich nur dann den Schuldner für die vom gesetzlichen Vertreter verschuldete Unmöglichkeit der Leistung haftbar machen dürfen, wenn dieser sie aus Anlass der gesetzlichen Vertretung herbeigeführt hat. Sonst müsste man z. B. auch dann, wenn der Vormund seinen Mündel auf die Jagd begleitet und bei dieser Gelegenheit Pferd oder Jagdhund, die sich der Mündel von einem Dritten geliehen hat, fahrlässigerweise beschädigt bezw. tötet, den Mündel für das Verschulden seines Vormunds verantwortlich machen, während er nicht haften würde, wenn der Begleiter nicht zu-

[23] Für die übrigen der oben genannten Personen ergiebt sich die Nicht-Vertreter-Eigenschaft schon aus der einfachen Erwägung, dass diese Personen gar nicht im ausschließlichen Interesse desjenigen berufen werden, dessen Verbindlichkeiten sie unter Umständen zu erfüllen haben.

fälligerweise sein Vormund, sondern eine beliebige andere Person gewesen wäre. Dass hier die Anwendung des § 278 nicht nur unbillig, sondern geradezu widersinnig wäre, dürfte von niemandem bestritten werden.

b) Was ferner die Personen betrifft, deren sich der Schuldner „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient", so ist klar, dass hierunter nur diejenigen Personen zu verstehen sind, die der Schuldner freiwillig zuzieht, und nicht auch jene, die ihm zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit von Gesetzes wegen aufgedrängt werden, oder die sich ihm, wie z. B. die Geschäftsführer ohne Auftrag selbst aufdrängen. — Gleichgiltig ist, ob sich der Schuldner der gedachten Personen bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit nur in einzelnen Beziehungen bedient, oder ob er ihnen die Erfüllung des Schuldverhältnisses in ihrer Totalität übertragen hat. In letzterem Falle gebraucht man wohl an Stelle von „Gehülfen" den Ausdruck „Substituten". Auch für ihr Verschulden hat also grundsätzlich der Schuldner in gleichem Umfang einzustehen, wie für eigenes. Doch kennt das Gesetzbuch hiervon zwei Ausnahmen: bezüglich des Beauftragten in § 664 und bezüglich des Verwahrers in § 691. Ist nämlich hier dem Schuldner gestattet worden, die Ausführung des Auftrags einem Dritten zu übertragen, oder die deponierte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen, so haftet er nur für eine ihm etwa zur Last fallende culpa in eligendo[24].

Wann aber kann man sagen, dass sich ein Schuldner einer dritten Person zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient? Zweifellos müssen hier ausscheiden diejenigen Personen, die zwar im einzelnen Falle dem Schuldner die Leistung ermöglichen helfen, deren Thätigkeit aber in einem rein äußerlichen, zufälligen und in keinem inneren, sachlichen Zusammenhang mit dem Inhalt des Schuldverhältnisses steht.

[24] Vgl. auch § 9 Abs. 2 des Binnenschiffahrts- und § 5 Abs. 2 des Flößereigesetzes vom 15. Juni 1895, ferner § 516 Abs. 2 Satz 2 des H. G. B. — Verwendet der Schuldner Gehülfen oder Substituten in einem Falle, wo deren Zuziehung nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses unzulässig ist, so haftet er wegen seines obligationswidrigen Verhaltens nicht bloß für das Verschulden dieser Hülfspersonen, sondern für jede Unmöglichkeit der Leistung, die sich als die Folge der rechtswidrigen Zuziehung von Hülfspersonen darstellt.

So kann man sicherlich den Arzt nicht verantwortlich machen für das Verschulden des Droschkenkutschers, dessen er sich bedient, um zu seinem Patienten zu fahren[25]. Hingegen wäre es offenbar zu eng, wollte man unter „Erfüllung der Verbindlichkeit" nur diejenige Thätigkeit des Schuldners verstehen, die sich als Erfüllung im Sinne der §§ 362 ff. des B. G. B. d. h. als die, das unmittelbare Erlöschen des Schuldverhältnisses herbeiführende, Leistungsbewirkung darstellt. Vielmehr gehört hierher auch die Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Bewachungspflicht, die, namentlich bei den auf ein restituere gerichteten Verbindlichkeiten, dem schließlichen Schuldtilgungsakt zeitlich weit vorauszugehen pflegt. So haftet der Mieter, wenn seine Dienstboten durch ihr Verschulden die gemietete Wohnung beschädigen und ihm damit die Rückgabe derselben in ordnungsmäßigem Zustand unmöglich machen; ebenso der Entleiher, wenn sein Dienstmädchen das entliehene Buch beim Aufräumen des Zimmers beschmutzt; und der Verwahrer, wenn sein Diener die hinterlegte Sache beim Reinigen der Stube zerbricht[26]. Ähnliches gilt für den Verkäufer, wenn bei hinausgeschobenem Übergabetermin die verkaufte Sache vorläufig noch in seinem Gewahrsam bleibt[27]. — Selbstverständlich erfordert die Anwendbarkeit des § 278 nicht, dass zwischen dem Schuldner und seiner Hülfsperson ein „Dienstverhältnis" bestehe. Für den Chambregarnisten ist sicherlich auch seine Wirtin eine Person, deren er sich, beispielsweise in Ansehung leiherechtlicher Pflichten, zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit „bedient". Ja,

[25] Übereinstimmend Nussbaum, Haftung für Hülfspersonen u. s. w. (Berlin 1898) S. 66 und Dernburg a. a. O. S. 146.

[26] Anderer Meinung Nussbaum a. a. O. S. 58 fg., der „Haupt"- und „Neben"verpflichtungen (?) des Schuldners unterscheidet, und die Haftung für Hülfspersonen nur in Ansehung der ersteren gelten lassen will. — Dass sich hier § 549 Abs. 2 nicht als argumentum e contrario verwerten lässt, darüber richtig Planck II S. 51 unter 2 a. E. Übereinstimmend mit der im Text vertretenen Auffassung ferner: Schollmeyer, Kommentar S. 104 unter 1 c und Mayring, Kommentar S. 40 fg. unter 2 b. Vgl. auch Dernburg a. a. O.

[27] Oder wenn sich die verkaufte Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses im Gewahrsam eines dritten, unmittelbaren Besitzers befindet. Dann ist dieser Dritte vom Moment des Kaufabschlusses an eine Person, deren sich der Verkäufer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient.

in der Praxis wird das Verkehrsbedürfnis wahrscheinlich dahin drängen, in den Kreis der Personen, für die der Schuldner gemäß § 278 haftet, Leute einzubeziehen, die nach dem Wortlaut des Paragraphen nimmermehr hierher gezählt werden können: das sind unter gewissen Voraussetzungen die Gäste, die der Schuldner bei sich sieht. Wenn sich jemand Gläser oder Teller oder sonstiges Tafelgerät für ein Diner leiht, bezw. mietet, dann ist es recht und billig, dass er für die Stücke aufzukommen hat, die seine Gäste schuldhafterweise zerbrechen. Und Gleiches dürfte bezüglich der Wohnung von dem Logirbesuch gelten, den ich bei mir beherberge[28]. Nur wird man die Haftung des Schuldners unter allen Umständen auf diejenigen Fälle zu beschränken haben, wo die Gäste notwendigerweise mit dem Gegenstand des Schuldverhältnisses in Berührung kommen, und sie keinesfalls auch da annehmen dürfen, wo diese Berührung eine rein zufällige ist. So werde ich der Bibliothek nicht schadensersatzpflichtig, wenn mein Freund, der mir in meinem Arbeitszimmer einen kurzen Besuch abstattet, das aus ihr entliehene Buch mit Tinte beschmutzt.

c) Der Schuldner hat für das Verschulden seiner Hülfspersonen in gleichem Umfang einzustehen, wie für eigenes Verschulden. Die Frage, ob ein Verschulden der Hülfsperson vorliegt, muss in Ansehung etwaiger Schuldausschließungsgründe (§§ 827, 828) nach der Individualität der letzteren, im übrigen aber aus der Person des Schuldners beantwortet werden. Die Haftung des Schuldners aus § 278 ist somit zu bejahen, wenn die Handlung der vollkommen deliktsfähigen Hülfsperson, falls vom Schuldner selbst begangen, eine culpa desselben involvieren würde[29]. Diese Auslegung entspricht allein den Bedürfnissen des Verkehrs und dem Zwecke, welchem § 278 dient. Sie entspricht aber auch allein dem Wortlaut des § 278. Denn ohne den ihnen hier bei-

[28] Anderer Meinung auch hier infolge unrichtiger Auffassung des § 549 Abs. 2 Nussbaum a. a. O. S. 62.

[29] Anders natürlich dann, wenn nicht die Haftung des Schuldners, sondern die Haftung der Hülfsperson selbst, etwa aus § 823 des B. G. B., in Frage steht. Dann bleibt selbstverständlich die Persönlichkeit des Schuldners gänzlich außer Betracht.

gelegten Sinn würden die Worte „in gleichem Umfang" überflüssig und eine leere Tautologie sein[30]. Es hängt also die Beantwortung der Frage: hat die Hülfsperson die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet? davon ab, ob sie diejenige Sorgfalt prästiert hat, die der Verkehr vom Schuldner verlangt; ebenso ist bei der Frage nach dem Vorhandensein von grober Fahrlässigkeit darauf zu rücksichtigen, ob die Handlung der Hülfsperson eine grobe Fahrlässigkeit des Schuldners bedeuten würde; in denjenigen Fällen, wo der Schuldner nur haftet für die diligentia, quam in suis rebus adhibere solet, ist der Maßstab der anzuwendenden Sorgfalt den Gepflogenheiten des Schuldners, nicht denjenigen der Hülfsperson zu entnehmen[31]; und endlich ist da, wo die Annahme der Verschuldung von dem Kennen oder Kennenmüssen der Verpflichtung abhängt, die Kenntnis, bezw. Unkenntnis des Schuldners, nicht diejenige der Hülfsperson ausschlaggebend. Die gegenteilige Auffassung würde den § 278 für eine große Reihe von Fällen einfach illusorisch machen.

3. Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner zufolge § 279 B. G. B., solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Über die Begriffe „Gattungsschuld" und „Unvermögen zur Leistung" ist bereits oben in den §§ 1 und 4 gehandelt worden[32]. Somit bleibt an dieser Stelle nur übrig, auf die Konsequenzen des in § 279 ausgesprochenen, ebenfalls nicht sehr glücklich gefassten Rechtssatzes hinzuweisen.

[30] Als solche fasst sie Nussbaum auf a. a. O. S. 89 fg.

[31] Ebenso Schollmeyer, Kommentar S. 105 unter 2, Planck II S. 51 Abs. 1 und Otto, Das Recht der Schuldverhältnisse im Sächs. Archiv Bd. 8. S. 678. Eigentümlich, zum mindesten dem Gesetzbuch gegenüber sehr willkürlich: Nussbaum a. a. O. S. 88, der da, wo der Schuldner nur für culpa lata oder nur für diligentia quam in suis haftet, von der Anwendbarkeit des § 278 gänzlich absehen will. Zum Teil haben sich ihm Oertmann, Kommentar § 278 Ziffer 8 und Dernburg a. a. O. S. 147 angeschlossen. — Beachte auch unten Anm. 38.

[32] Siehe insbes. § 1 unter II a und § 4 unter 1 b. — Unrichtig ist es, wenn Mayring, Kommentar S. 42 unter 2 behauptet, § 279 bezöge sich auch auf unkörperliche Gegenstände, z. B. auf nur der Gattung nach bestimmte Handlungen.

a) Das, was der Gesetzgeber in § 279 aussprechen wollte, war offenbar der selbstverständliche und darum einer besonderen Betonung gar nicht bedürftige Satz: genus perire non censetur, der nichts weiter besagt, als dass bei Genusschulden der Schuldner nicht deshalb von seiner Verbindlichkeit frei wird, weil gerade das Stück aus der Gattung, welches er zur Leistung bestimmt hat, ohne sein Verschulden untergegangen ist. Das aber, was § 279 in Wahrheit besagt, ist etwas wesentlich Anderes: er erklärt im Falle einer Gattungsschuld die subjektive Unmöglichkeit der Leistung für einen vom Schuldner bedingungslos zu vertretenden Umstand. Nun wird aber, wie sich aus dem oben in § 4 Gesagten ergiebt, bei Gattungsschulden nur sehr selten eine objektive Unmöglichkeit der Leistung vorliegen. In der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle wird es sich hier um Unvermögen des Schuldners zur Leistung handeln. Praktisch läuft also der § 279 darauf hinaus, dass bei Genusobligationen der Schuldner die nicht pünktliche Erfüllung seiner Verbindlichkeit in der Regel zu vertreten hat, beim Ausbleiben der rechtzeitigen Leistung also in Verzug verfällt, auch wenn er die Verzögerung der Leistung nicht verschuldet hat[33]. Dass eine so überaus strenge Haftung des Schuldners weder durch die Bedürfnisse des Verkehrs geboten ist, noch irgendwie der Billigkeit entspricht, liegt auf der Hand. Man denke an die zahlreichen Fälle, wo infolge von Störungen im Eisenbahn- oder Dampfschiffbetrieb der Schuldner beim besten Willen nicht pünktlich leisten kann, oder wo die von ihm zur Leistung bestimmten Stücke am Tage vor der Fälligkeit ohne Schuld des debitor abbrennen und Ersatz für sie erst von auswärts beschafft werden muss. Das allein Richtige wäre hier, dass der Schuldner, wenn die Hemmnisse, die sich der Bewirkung der Leistung entgegenstellen, während des ganzen für die Erfüllung des Schuldverhältnisses maßgebenden Zeitraums andauern, von seiner Verbindlichkeit befreit wird; wenn sie nur eine zeitweise Unmöglichkeit der Leistung begründen, zur Nachlieferung zwar verpflichtet bleibt, ohne

[33] Beachte jedoch auch § 1 d. Darstellung S. 12. — Den Zusammenhang zwischen § 279 und dem die Voraussetzungen des Verzuges regelnden § 285 leugnet zu Unrecht: Endemann I § 127 Anm. 15.

dass er aber die Folgen des Verzuges auf sich zu nehmen brauchte[34]. Gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzbuchs muss es indessen bei dem unbilligen Resultat sein Bewenden haben[35]. —

b) Geht sonach der § 279 über das, was er sagen wollte, auf der einen Seite weit hinaus, so bleibt er auf der anderen Seite hinter dem, was er hätte sagen müssen, weit zurück. Denn durch den Wortlaut des Paragraphen werden nicht diejenigen Fälle gedeckt, wo der Gegenstand des Schuldverhältnisses eine species ist, und die Unmöglichkeit der Leistung lediglich darin ihren Grund hat, dass es dem Schuldner an Barmitteln oder am nötigen Credit fehlt. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Schuldner die Sache, die er leisten soll, nicht liefern kann, weil er das Geld nicht hat, um sie zu kaufen; oder wenn der Verkäufer den Kaufvertrag deshalb nicht erfüllen kann, weil ihm die verkaufte Sache vor dem Übergabetermin seitens eines Dritten abgepfändet wird, oder weil er in Konkurs verfallen ist, und der Konkursverwalter in den Kaufkontrakt nicht eintreten will (§ 17 der K. O.); ferner, wenn der Eigentümer eines Hauses seinen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag nicht nachzukommen vermag, weil sein Grundstück zur Subhastation gelangt ist und der Ersteher von dem ihm in § 57 des Zwangsversteigerungs-Gesetzes erteilten Kündigungsrecht Gebrauch macht. Wollte man hier, weil es sich um Speziesschulden handelt, von der Anwendung des § 279 absehen, so würde sich der Schuldner in solchen

[34] Vgl. Hartmann a. a. O. S. 254—256; Ubbelohde im Archiv f. civil. Praxis Bd. 85 S. 121 fg.

[35] Teilweise anderer Meinung Enneccerus a. a. O. S. 426 fg.; Dernburg a. a. O. S. 133 unter 3 a. E. und S. 156 bei Anm. 19; Goldmann [nicht Goldstein, wie bei Dernburg fälschlich zu lesen steht]-Lilienthal, Das B. G. B. nach der Legalordnung des A. L. R. 1. Teil 1. Aufl. (Berlin 1897) S. 165 Anm. 1. Im wesentlichen so wie hier: Oertmann, Kommentar S. 39 und Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 12 S. 284. Bemerkt sei noch, dass der E. I einen so unbilligen Rechtssatz, wie ihn der § 279 darstellt, nicht enthielt; vielmehr hätte sich hier auf Grund des § 237 Abs. 1: „Der Schuldner ist zur Leistung nicht verpflichtet, solange die Leistung infolge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich ist; soweit die Leistung dauernd unmöglich geworden ist, wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit", das oben befürwortete richtige Resultat ohne weiteres ergeben.

Fällen von jeder Schadenshaftung dadurch befreien können, dass er beweist, er sei ohne sein Verschulden in Insolvenz geraten. Eine solche Verteidigung kann aber der Verkehr nimmermehr zulassen. Vielmehr erheischen die Bedürfnisse des Lebens dringend, dass jeder für seine Zahlungsfähigkeit unbedingt haftet. Darum muss man hier über den Wortlaut des § 279 hinauskommen; und man kann über ihn hinauskommen, wenn man erwägt, dass auch in denjenigen Fällen, wo den unmittelbaren Gegenstand des Schuldverhältnisses eine species bildet, doch die mittelbare, unerlässliche Voraussetzung für die Erfüllung der Verbindlichkeit die Solvenz des Schuldners ist. Zu ihr gehört aber ein gewisser Besitz von Barmitteln, für dessen Vorhandensein der Schuldner nach § 279, weil Geld eine nur der Gattung nach bestimmte Sache ist, unter allen Umständen einzustehen hat. Sonach ist der Satz: „der Schuldner kann sich niemals auf unverschuldete Zahlungsunfähigkeit berufen“ im § 279 implicite enthalten[36]. Und

[36] Oertmann, Kommentar S. 35, zu § 275 unter 3 hält den Satz in dieser Allgemeinheit für bedenklich und meint, er widerspräche dem Text des § 275. Da sich indessen der § 279 überhaupt als eine Ausnahme von § 275 darstellt, so wird das Argument Oertmanns dadurch hinfällig, dass man, wie es hier geschehen ist, besagten Satz aus § 279 ableitet. Oertmann folgt hier in seiner ablehnenden Haltung wohl Windscheid, der für das gemeine Recht die Gültigkeit des obigen Satzes aus ähnlichem Grunde, aber in Widerspruch mit der dort herrschenden Lehre geleugnet hat. Vgl. Pandekten II § 277 Anm. 8. Für das preußische Recht ist obiger Satz anerkannt von Förster-Eccius I 7. Aufl. S. 532 Anm. 20. Für das B. G. B. wird der hier vertretene Standpunkt, allerdings mit Einschränkung, geteilt von Planck II S. 52 unter 2, der meint, „dass der dem § 279 zu Grunde liegende Gedanke eine entsprechende Anwendung desselben auf alle Fälle rechtfertige, in denen nach dem Inhalte des Schulverhältnisses davon ausgegangen wird, dass der Schuldner die von ihm zu bewirkende Leistung durch Aufwendung von Geldmitteln ermöglichen soll“. Dass diese Fassung nicht ausreicht, ergiebt sich aus den im Text gebrauchten Beispielen. Vgl. auch Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 164, Enneccerus a. a. O. S. 426 und den in der 2. Kommission zu § 246 des E. I gestellten Eventualantrag in den Protokollen I S. 326. Nicht geteilt wird der hier eingenommene Standpunkt, nach dem auf S. 335 unter II gebrachten Beispiel zu urteilen, von Cosack a. a. O. — Kann sich der Schuldner auf unverschuldete Zahlungsunfähigkeit niemals berufen, so ist klar, dass der Konkurs des Schuldners immer einen von ihm zu vertretenden Umstand darstellt und er deshalb für jede Unmöglichkeit der Leistung haftet, die infolge der Konkurseröffnung eintritt. Er haftet darum auch für den vom Konkursverwalter schuldhaft herbeigeführten Untergang des Leistungsgegen-

bei einer Revision des Gesetzbuchs dürfte es sich empfehlen, den § 279 in der jetzigen Fassung zu streichen, und an seine Stelle allein diesen Satz treten zu lassen, dessen Natur die Römer schon erkannten, wenn sie sagten: incendium aere alieno non exuit debitorem[37]. —

4. Die bisherigen Ausführungen enthalten selbstverständlich nur dispositives Recht. Es steht den Parteien frei, im einzelnen Falle eine geminderte oder eine strengere Haftung des Schuldners zu vereinbaren. Dies jedoch mit der Maßgabe, dass die Haftung für Vorsatz dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden kann (§ 276 Abs. 2)[38]. — Wird die Haftung des Schuldners verschärft, so wird dies meistens in der Form eines Garantieversprechens geschehen[39]. In demselben verspricht der Schuldner, auch die zufällige Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten. Es ist dann Sache der Vertragsauslegung, zweierlei Punkte klar zu stellen:

a) den Umfang der Garantie: ob nämlich der Schuldner für alle Zufälle, oder vielleicht für eine bestimmte Art von Zufällen, z. B. für die höhere Gewalt nicht hat einstehen wollen. Im Zweifel wird man sich im ersteren Sinne zu entscheiden haben[40].

stands, nicht auf Grund des § 278 (s. oben unter 2 b), sondern auf Grund des § 279. Zwar haftet dem Gläubiger hierfür die Konkursmasse, denn die Ansprüche, die aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen, sind Masseschulden (K. O. § 59 Ziffer 1). Trotzdem ist für den Gläubiger die persönliche Haftung des Schuldners von Wert in denjenigen Fällen, wo die Masse nicht einmal zur Deckung der Masseschulden ausreicht und der Gemeinschuldner späterhin wieder zu Vermögen gelangt.

[37] L. 11 C. si certum petatur 4, 2. Vgl. auch Donellus, de jure civili lib. XVI cap. 1 sub VII.

[38] Vereinbaren die Parteien ein Einstehen des Schuldners nur für die vorsätzlich verursachte Unmöglichkeit der Leistung, so wird man diese Vereinbarung im Zweifel dahin auszulegen haben, dass der Schuldner nur für die von ihm selbst, nicht auch für die von seinen Hülfspersonen vorsätzlich herbeigeführte Unmöglichkeit zu haften hat. Dass eine solche Auslegung trotz § 276 Abs. 2 zulässig ist, ergiebt sich aus § 278 Satz 2.

[39] Sogenanntes unselbständiges Gewährleistungsversprechen, so bezeichnet im Gegensatz zu dem selbständigen Garantievertrag, der nicht zur Verschärfung der Haftung aus einer schon bestehenden Verbindlichkeit dient, sondern als contractus sui generis und selbständiger Verpflichtungsgrund auftritt: so z. B. die Garantie des Staates für die Rentabilität eines Eisenbahnunternehmens. Vgl. Stammler im Archiv f. civil. Praxis Bd. 69 S. 5.

[40] Ähnlich Stammler in der soeben berufenen Abhandlung S. 132 fg.

b) die Folgen des Garantieversprechens. Das Gesetzbuch knüpft nämlich, wie sich später noch zeigen wird, bei gegenseitigen Obligationen an die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung sowohl die Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz, wie das Recht des Gläubigers zum Rücktritt vom Vertrag. Es kann nun sein, dass der Schuldner mit dem Garantieversprechen nur die eine oder nur die andere Rechtsfolge hat auf sich nehmen wollen. Im Zweifel wird man freilich auch hier davon auszugehen haben, dass die Übernahme sowohl der einen, wie der anderen gemeint gewesen ist.

5. Es ist denkbar, dass der Schuldner obwohl er die Unmöglichkeit der Leistung selbst nicht zu vertreten hat, dennoch den Schaden verschuldet hat, den der Gläubiger dadurch erlitten, dass er auf die Möglichkeit der Leistung vertraute. Dies ist dann der Fall, wenn die Unmöglichkeit zwar durch Zufall eintritt, der Schuldner es aber unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verabsäumt, dem Gläubiger rechtzeitig von dem erfolgten Eintritt der Unmöglichkeit Mitteilung zu machen, und nun der Gläubiger infolge der unterbliebenen Benachrichtigung einen Nachteil erfährt, der ihm sonst erspart geblieben wäre. Dann hat der Schuldner, wenn auch die Unmöglichkeit der Leistung selbst auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstand beruht, doch dem Gläubiger diesen Schaden, aber nur insoweit, als er das Erfüllungsinteresse nicht übersteigt, zu ersetzen[41]. Von besonderer Wichtigkeit ist das für die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung. Denn auf sie kann der Begriff der verschuldeten Unmöglichkeit seiner Natur nach nur äußerst selten Anwendung leiden, da ja vor der Entstehung des Schuldverhältnisses von einer Diligenz-

[41] Denn es ist selbstverständlich, dass der Schuldner, wenn er von der Unmöglichkeit der Leistung Kenntnis erhält, nicht die Hände in den Schoß legen und abwarten darf, bis ihn der Gläubiger auf Erfüllung belangt. Ein solcher Schuldner würde nicht handeln, uti inter bonos agier oportet, und darum die ihm in § 242 B. G. B. auferlegte Verpflichtung verletzen. Sagt doch schon Gajus vom Schuldner: si vero intelligit explere se id officium non posse, id ipsum, cum primum poterit, debet mandatori nuntiare, ut is, si velit, alterius opera utatur (l. 27 § 2 D mand. 17, 1).

pflicht des Schuldners keine Rede sein kann[42]. Er beschränkt sich hier auf diejenigen Fälle, wo sich die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte heben lassen und nur deshalb nicht weggefallen ist, weil der Schuldner die nötige Sorgfalt nicht beobachtet hat. Davon abgesehen, kann man bei der anfänglichen Unmöglichkeit von einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit nur in den Ausnahmefällen sprechen, wo der letztere das Einstehen für die Möglichkeit der Leistung entweder freiwillig übernommen hat, oder wo ihm solches von Gesetzeswegen ausdrücklich auferlegt worden ist[43]. Hingegen kommt es gerade hier sehr häufig vor, dass der Schuldner dem Gläubiger deshalb schadensersatzpflichtig wird, weil er es schuldhafterweise unterlassen hat, ihn bei der Eingehung des Schuldverhältnisses auf die Unmöglichkeit der Leistung aufmerksam zu machen (sogen. Haftung für das negative Vertragsinteresse).

Wenn wir uns nunmehr, nachdem wir den Begriff und die Arten der unmöglichen Leistung kennen gelernt haben, der Beantwortung der am Eingang dieses Kapitels aufgeworfenen Frage zuwenden: welchen Einfluss hat es auf die Leistungspflicht des Schuldners, dass die Bewirkung der versprochenen Leistung nicht möglich ist? so werden wir den sich darbietenden Stoff am vorteilhaftesten im Anschluss an die vom Gesetzbuch gebrauchten und im vorstehenden besprochenen Unterscheidungen gruppieren[44]. Dabei empfiehlt es sich, de lege lata die an-

[42] Darum ist auch diejenige Unmöglichkeit der Leistung, die der Antragsteller zwischen Absenden der Offerte und Eintreffen der Annahmeerklärung herbeiführt, niemals eine verschuldete Unmöglichkeit der Leistung. Zwar ist der Offerent nach § 145 an seinen Antrag gebunden. Diese Gebundenheit soll aber nur die Widerruflichkeit der Offerte ausschließen und dem Empfänger die Möglichkeit gewähren, bis zu einem gewissen Zeitpunkt durch seine Annahmeerklärung den Abschluss des Vertrags herbeizuführen. Nicht aber will sie den Offerenten bereits mit einer kontraktlichen Diligenz nach Art eines bedingten Schuldverhältnisses belasten. Doch kann bei dolus des Antragstellers eventuell § 826 Platz greifen.

[43] Vgl. § 13 d. Darstellung unter II und III; und § 14 unter 2 und 3.

[44] Bemerkt sei noch, dass im Nachstehenden nur von den der Un-

fängliche und die nachträgliche Unmöglichkeit getrennt voneinander zu behandeln. Die letztere soll im zweiten, die erstere im dritten Kapitel dargestellt werden[45]. Da das B. G. B. bei der Regelung der nachträglichen Unmöglichkeit die objektive und die subjektive Unmöglichkeit einander prinzipiell gleichgestellt hat, so war hier auf diese Unterscheidung weiter keine Rücksicht zu nehmen. Im übrigen bedarf die stoffliche Gliederung innerhalb des zweiten Kapitels keiner besonderen Erläuterung. Im dritten Kapitel ist der daselbst herrschende Gegensatz von Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen des Schuldners zur Leistung für die äußere Einteilung bestimmend gewesen.

Die allgemeinen Rechtssätze, die das B. G. B. in Ansehung der Unmöglichkeit der Leistung aufgestellt hat, haben Abänderungen bezw. Ergänzungen erfahren durch Sonderbestimmungen, die für einzelne Schuldverhältnisse gelten. Solche Sondervorschriften finden sich teils im B. G. B. selbst bei den einzelnen Schuldverträgen, teils in anderen Reichsgesetzen[46].

möglichkeit der Leistung eigentümlichen Rechtswirkungen gehandelt wird. Unberücksichtigt bleiben also Rechtsfolgen, die sich im Falle einer unmöglichen Leistung für die am Schuldverhältnis Beteiligten auf Grund der allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte ergeben, wie beispielsweise eine etwaige Anfechtbarkeit wegen Betrugs, Irrtums u. s. w.

[45] Den umgekehrten Weg hat Mommsen in seinem Buche über die Unmöglichkeit der Leistung eingeschlagen. Er hat zuerst die anfängliche und dann die nachträgliche Unmöglichkeit behandelt. Nicht aus Opposition, auch nicht der Legalordnung des B. G. B. zuliebe, sondern aus methodischen Gründen, die später erhellen werden, ist hier die Anordnung anders gewählt.

[46] Es handelt sich hier insbesondere um das H. G. B., vor allem um den daselbst geregelten handelsrechtlichen Dienstvertrag und den Land- und Seetransport; um das Binnenschiffahrts- und Flößereigesetz; um die Gewerbeordnung, die Seemannsordnung, die neue Eisenbahnverkehrsordnung (vgl. R. G. Bl. 1899 S. 557 ff.), das Postgesetz und andere mehr. Daraus, dass die Reichsgesetzgebung, und zwar in erster Linie das B. G. B. selbst, die allgemeinen für die Unmöglichkeit der Leistung aufgestellten Rechtssätze bei den einzelnen Schuldverbindlichkeiten je nach Bedürfnis abändert, ihnen also gewissermaßen nur einen subsidiären Charakter beilegt, folgt für das Landesrecht bezüglich der ihm vorbehaltenen Materien, dass es ebenfalls befugt ist, bei deren Regelung, soweit dabei die Unmöglichkeit der Leistung eine Rolle spielt (wie dies z. B. beim Gesinderecht und beim Verlagsvertrag der Fall ist), von den allgemeinen Grundsätzen des B. G. B. abweichende, den besonderen Verhältnissen angepasste Vorschriften zu erlassen. Soweit

Soweit die letzteren in Frage kommen, wird im Verlauf der Abhandlung auf die sich aus ihnen ergebenden Abweichungen hie und da hingewiesen werden. Ein stetes Eingehen auf solche Spezialgesetze war im Rahmen dieser Darstellung, die sich in der Hauptsache auf das geschlossene System des B. G. B. beschränkt, ohne Gefährdung der Übersichtlichkeit nicht möglich. Hingegen sind die Modificationen, welche die allgemeinen Grundsätze durch das B. G. B. selbst erfahren haben, für die wichtigsten der hier in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse im vierten Kapitel zusammengefasst worden.

Am Schlusse des Buches soll anhangsweise noch die Frage gestreift werden, ob der Gläubiger unter Umständen auch dritte, am Schuldverhältnis nicht beteiligte, Personen für die Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich machen kann.

es dies aber nicht gethan hat, kommen auch bezüglich dieser vorbehaltenen Materien in Ansehung einer etwaigen Unmöglichkeit der Leistung die im B. G. B. aufgestellten allgemeinen Rechtssätze zur Anwendung. (Vgl. auch Einf.-Ges. Art. 4 und 55.) Für bedenklich halte ich darum den Standpunkt, den Dernburg a. a. O. S. 6 und 21 bei Anm. 3 bezüglich einiger durch das B. G. B. außer Kraft gesetzten Bestimmungen des A. L. R., anlangend das preußische Gesinderecht, einnimmt.

2. Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze über die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung.

1. Die totale Unmöglichkeit der Leistung.

a. Die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit.

§ 6.

I. Die Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht. — II. Prozessuale Geltendmachung derselben. — III. Der Anspruch des Gläubigers auf das stellvertretende commodum.

I.

Ist dem Schuldner nach der Entstehung des Schuldverhältnisses die Leistung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand gänzlich unmöglich geworden, so wird er, mag nun die Unmöglichkeit eine objektive oder eine subjektive sein, von der Verpflichtung zur Leistung frei (§ 275 Abs. 1 und 2)[1]. Bei der Kritik des ersten Entwurfs hat man es mehrfach getadelt, dass sich im Gesetzbuch ein so selbstverständlicher Satz besonders ausgesprochen finde[2]. Dieser Tadel war indessen nicht berechtigt. Denn nicht in dem

[1] Handelt es sich um ein Gesamtschuldverhältnis, so wirkt, falls sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergiebt, die Unmöglichkeit der Leistung nur zu Gunsten desjenigen Schuldners, in dessen Person sie vorliegt. § 425 Abs. 1 u. 2. Vgl. hierzu die zum Teil polemisch gehaltenen Ausführungen von Binder, die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht (Leipzig 1899) S. 570 ff., und andererseits bezügl. des nicht ganz gleich lautenden § 334 des ersten Entwurfs: Hartmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 73 S. 392 ff.

[2] Vgl. L. Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum E. I Heft 1 S. 178, und Gierke, der E. eines B. G. B. u. das deutsche Recht S. 30.

allerdings selbstverständlichen Satze, dass der Schuldner die unmöglich gewordene Leistung nicht zu prästieren brauche, liegt die Bedeutung des § 275. Das Wesentliche, was er besagt, ist vielmehr die Negative, dass der Schuldner an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung kein Surrogat, weder Wert- noch Schadensersatz zu leisten hat. Und dieser Satz ist keineswegs selbstverständlich. Denn an sich ist es sehr wohl denkbar, dass eine Rechtsordnung nicht den Gläubiger, sondern den Schuldner mit der Schadenstragung belastet.

Aber nur von der „Leistungspflicht wird der Schuldner frei“[3]. Nicht hat nach § 275 die Unmöglichkeit der Leistung, wie durchweg behauptet wird, die Wirkung, dass das Schuldverhältnis erlischt, oder, insoweit es auf Kontrakt beruht, dass der Vertrag aufgehoben wird[4]. Die Hervorkehrung dieses Satzes hat nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Denn es ist etwas Anderes, ob aus einem Schuldverhältnis der einzelne Anspruch erlischt, oder ob das Schuldverhältnis selbst zu existieren aufhört[5]. Würde die Unmöglichkeit der Leistung die letztere Folge haben, so wäre der Schuldner, sobald die Leistung gänzlich unmöglich geworden ist, aller obligatorischen Verpflichtungen ledig. Er brauchte dann nicht einmal dem Gläubiger von dem Eintritt der Unmöglichkeit Mitteilung zu machen. Und dieser Konsequenz könnte man sich auch nicht mit dem Hinweis auf § 242 entziehen, welcher den Schuldner die Gebote von Treu und Glauben im Verkehr beobachten heißt: denn wenn das Schuldverhältnis mit dem Eintritt der Unmöglichkeit erlischt, so hört jener in diesem Augenblick überhaupt auf, Schuldner zu sein. Dass aber in Ansehung der Unmöglichkeit der Leistung eine Anzeigepflicht des Schuldners statuiert werden muss, ist bereits im vorigen Paragraphen hervorgehoben worden[6].

[3] Die Angriffe, die Wolfgang Stintzing im Archiv f. civil. Praxis Bd. 85 S. 466 ff. gegen das Gesetzbuch (§ 269 der Reichstagsvorlage) wegen der Wendung „wird frei“ richtet, entbehren jeglichen Grundes.

[4] So seinem Wortlaut nach § 364 A. L. R. I,5.

[5] Das betont in anderem Zusammenhang zutreffend Stammler a. a. O. S. 215 fg.

[6] Siehe daselbst unter 5. Bisweilen wird der Schuldner zu noch viel mehr als zur bloßen Anzeige an den Gläubiger verpflichtet sein. Man

Weitere wichtige Folgesätze, die sich aus der Thatsache ergeben, dass die Unmöglichkeit der Leistung nach B. G. B. nicht Erlöschen des Schuldverhältnisses, sondern nur Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht bewirkt, oder anders ausgedrückt: dass sie die Obligation nicht auflöst, sondern nur ihren Inhalt reduziert, werden wir noch im Verlauf der Darstellung kennen lernen[7].

denke an den Fall, dass ein Frachtführer den übernommenen Transport nicht ausführen kann, weil die Waren infolge von Fehlerhaftigkeit der vom Absender mitgegebenen Begleitpapiere, oder weil sonst ihre Beschaffenheit dem Zolltarif nicht entspricht, an der Grenze nicht durchgelassen werden. (Beispiel in Seufferts Archiv Bd. 52 Nr. 176). Hier kann keine Rede davon sein, dass der Frachtführer nunmehr die Ware unter Berufung auf § 275 des B. G. B. im Stiche lassen darf. Vielmehr bleibt er in solchem Falle auf Grund des Frachtvertrags verpflichtet, für die Aufbewahrung der Gegenstände zu sorgen, bezw. andere geeignete Maßregeln zu treffen. — Da, wo zufolge Sonderrechtssatzes die Unmöglichkeit der Leistung ausnahmsweise Aufhebung des Vertrags bewirkt, werden diese Pflichten, die sich andernfalls von selbst verstehen, dem Schuldner ausdrücklich auferlegt: vgl. die §§ 68 und 70 des Binnenschiffahrtsgesetzes; die §§ 628, 630, 632 des H. G. B.; und vom B. G. B. die §§ 673, 675.

[7] Doch mag hier noch der Bedeutung gedacht werden, welche der obige Satz für die Eingliederung der Lehre von der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung in das System des Obligationenrechts hat. Die Mehrzahl der Gesetzbücher und auch die meisten Lehrbücher des gemeinen Rechtes unterstellen sie gewöhnlich dem Abschnitt, der vom „Erlöschen der Schuldverhältnisse" handelt. Siehe A. L. R. a. a. O.; das Schweizerische Obligationenrecht, welches die „Unmöglichkeit der Erfüllung" im Zusammenhang mit „Verrechnung", „Aufhebung", „Neuerung", „Vereinigung" und „Verjährung" behandelt; das Sächsische B. G. B., welches den 5. Abschnitt der 1. Abteilung seines 3. Buches ähnlich gliedert; vgl. ferner Code civil 3. Buch, 3. Titel, Kap. 5; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht II (1868) § 106 unter E; Dernburg, Pandekten II § 68; Windscheid II § 360 (aber auch § 264), und die interessanten Ausführungen von Donellus, De jure civili im 1. und 6. Kapitel des 16. Buches. Wirkt aber die Unmöglichkeit der Leistung, wenigstens wenn sie vom Gesetzgeber richtig behandelt wird, grundsätzlich nicht Erlöschen des Schuldverhältnisses, sondern reduziert sie bloß dessen Inhalt, so ist sie, wie es im B. G. B. geschehen ist, in dem vom Inhalt der Obligation handelnden Abschnitt einzustellen. Unrichtig und überhaupt undenkbar ist es, dass die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung „keine Stelle im System habe", wie Brinz in der kritischen Überschau Bd. 5 S. 278 fg. behauptet. Im gemeinen Rechte hat ihre falsche Eingliederung in das System noch weitere Irrtümer erzeugt. Denn infolge der äußeren Zusammenstellung von „Erfüllung" und „Unmöglichkeit der Leistung" ist man zu einer inneren Gleichstellung dieser beiden „Erlöschungsarten" gekommen und hat hieraus die Rechtfertigung für den Satz „periculum est emptoris" abgeleitet. Vgl.

Wird der Schuldner infolge der von ihm nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung von seiner Verbindlichkeit frei, so hat der Gläubiger auch keinen Anspruch auf Zahlung einer etwa ausbedungenen Vertragsstrafe. Denn diese ist nach § 339 erst verwirkt, wenn der Schuldner in Verzug kommt, wenn er also schuldhafterweise nicht erfüllt. Prinzipiell das Gleiche gilt auch dann, wenn der Schuldner ohne Verschulden einer Verpflichtung zum Unterlassen zuwiderhandelt und dadurch diese negative Leistung unmöglich macht[8]. Auch dann ist in Ansehung einer etwa vereinbarten Vertragsstrafe der casus poenae nicht gegeben. Zwar scheint hier der Satz 2 des § 339 das Gegenteil zu besagen, indem er ausdrücklich bestimmt, dass bei obligationes in non faciendo die Verwirkung der Konventionalstrafe „mit der Zuwiderhandlung", also scheinbar auch bei Abwesenheit jeder culpa eintritt. Doch hat das Gesetz den Satz 2 offenbar nur deshalb aufgenommen, weil in den Fällen, wo die Leistung in einem Unterlassen besteht, von einem Verzug im technischen Sinne nicht die Rede sein kann[9], sodass der Satz 1 des § 339 allein nicht ausreichen würde. Nicht hingegen darf aus den Worten des § 339 Satz 2 herausgelesen werden, dass auch das schuldlose Zuwiderhandeln die Vertragsstrafe auslösen soll. Denn es fehlt an jedem inneren Grunde, warum der zu einem Unterlassen Obligierte strenger behandelt werden soll, als der zu einen Thun Verpflichtete[10].

Voss, Über den Satz „periculum est emptoris" (Hamburg 1898) S. 14 ff. Es heißt aber, die Dinge auf den Kopf stellen, wenn man da, wo der Schuldner gerade nicht erfüllen kann, von einer „fiktiven" Erfüllung redet, wie dies Mommsen und neben ihm Andere wiederholt thun.

[8] Vgl. oben § 1 d. Darstellung Anm. 28.

[9] Vgl. oben § 2 unter 1d.

[10] Anders allerdings die herrschende Meinung und die Materialien: Protokolle I S. 779 fg.; Motive II S. 278; Planck II S. 119 unter 2; Cosack I S. 324; Deus, die Vertragsstrafe nach dem B. G. B. (Erlanger Diss. 1896) S. 17 fg.; mit Einschränkung auch Dernburg a. a. O. S. 229. Begründet wird die gegenteilige Ansicht damit, dass bei Leistungen auf ein Unterlassen in dem Versprechen einer Konventionalstrafe eine Garantieübernahme liege. Das ist aber eine reine petitio principii, mittelst deren den Parteien ein Wille suggeriert wird, den sie in der Mehrzahl der Fälle sicherlich nicht haben. — Dem § 345 lässt sich kein Argument für die gegnerische Ansicht entnehmen.

Hatte der Schuldner, dem die Leistung ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist, dem Gläubiger eine arrha gegeben, so kann er sie, wie mittelst argumentum e contrario aus § 338 gefolgert werden muss, vom Gläubiger zurückverlangen. Doch enthält dieser Satz nur dispositives Recht und sehr häufig wird hier zufolge Ortsgebrauchs, dem sich die Parteien stillschweigend unterworfen haben, ein Recht des Gläubigers begründet sein, die Draufgabe trotz der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung zu behalten. —

War die Erfüllung der Verbindlichkeit durch ein Pfand oder durch einen Bürgen gesichert, so reduziert sich durch die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung auch die Haftung des Pfandes und des Bürgen, da beide nur für die Forderung „in ihrem jeweiligen Bestand“ einzustehen haben (§ 1210 Abs. 1, § 767). Macht sich der Schuldner auch nach Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung keines ihn zum Schadensersatz verpflichtenden Verhaltens schuldig, so dass für den Gläubiger keinerlei Anspruch aus dem Schuldverhältnis übrig bleibt, so ist also infolge der Unmöglichkeit der Leistung sowohl der verpfändete Gegenstand von dem Pfandnexus, wie der Bürge von seiner Haftung befreit. Eine eigentümliche Gestaltung weisen diejenigen Fälle auf, wo der Bürge oder der mit dem Schuldner nicht identische Verpfänder die Unmöglichkeit vorsätzlich oder fahrlässig, und zwar ohne gleichzeitige culpa des Schuldners, herbeiführen. Denn da letzterer für die Handlungen dieser Personen in aller Regel nicht einzustehen hat, wird er durch die von ihnen bewirkte Unmöglichkeit der Leistung befreit. Damit fallen aber auch die accessorischen Verbindlichkeiten in sich zusammen. Das Ergebnis wäre also, dass sich hier Bürge und Verpfänder durch ihre culpa von ihrer Haftung befreiten. Dass dieses Resultat nicht hingenommen werden kann, unterliegt wohl keinem Zweifel. Es muss dem Gläubiger in solchem Falle unter allen Umständen eine Klage gegen die gedachten Personen gegeben werden. Bisweilen wird ihm eine solche aus § 826, oder, wenn er an dem geschuldeten Gegenstand ein dingliches Recht, z. B. Eigentum besaß, aus § 823 des Gesetzbuchs zustehen. Aber auch abgesehen davon

lassen sich hier Ansprüche des Gläubigers gegen den Bürgen und Verpfänder konstruieren. Gegen den ersteren direkt aus dem Bürgschaftsvertrag, indem man davon ausgeht, dass derjenige, der versprochen hat, für die Verbindlichkeit eines Dritten einzustehen, vor allem auch verpflichtet ist, nicht selbst deren Erfüllung unmöglich zu machen; eine Verpflichtung, die von der Schuld des Dritten soweit unabhängig ist, dass der Bürge, der ihr zuwiderhandelt, nicht bloß als accessorisch, sondern als selbständig Verhafteter belangt werden kann[11]. Und ähnlich ist die Argumentation bezüglich des Verpfänders. Zwar ist die verpfändete Sache zufolge der Unmöglichkeit der Leistung von dem sie belastenden Rechte frei. Doch hat der Gläubiger auf Grund des zwischen ihm und dem Verpfänder abgeschlossenen Pfandvertrags gegen letzteren eine auf Schadensersatz gerichtete actio pigneraticia contraria. Hat der Gläubiger die verpfändete Sache noch in den Händen, so kann er sie nach § 273 Abs. 1 zurückbehalten, bis er wegen seiner Ersatzforderung befriedigt worden ist[12]. So steht er sich wenigstens im Ergebnis nicht viel schlechter, als wenn ihm das Pfandrecht an der Sache geblieben wäre.

Der § 275 ist nicht zwingenden Rechtes. Darum tritt die Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit nicht ein, wenn von vornherein die Parteien für den Fall, dass die versprochene Leistung unmöglich werden sollte, eine Ersatz-

[11] Übereinstimmend Planck-André II S. 510 unter 4b. Die interessanten Fälle, wo der Bürge schuldhafterweise die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, finden sich schon in den römischen Quellen besprochen. Die älteren Juristen gaben dem Gläubiger eine actio doli gegen den Bürgen oder nahmen hier, weil sie dessen Verpflichtung zufolge der Unmöglichkeit der Leistung als erloschen ansahen, einen Fall an, wo die verlorene Klage ex edicto zu restituieren sei. Die späteren Juristen waren weitherziger und gaben dem Gläubiger aus der Bürgschaftsstipulation selbst eine Klage gegen den fideiussor, eine Klage, wie Mommsen, Beiträge I S. 303 sagt, „darauf begründet, dass der Bürge sich eines dieser Obligation widersprechenden Handelns schuldig gemacht habe.“ Vgl. die bei Mommsen a. a. O. in Anm. 28 citierten Quellenstellen, und dazu § 1015 des Sächs. B. G. B.

[12] Denn der Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes und der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz beruhen auf „demselben rechtlichen Verhältnis“, nämlich auf dem Pfandvertrag. Über den contractus pigneraticius vgl. Motive III S. 811.

leistung vereinbaren, die in der Regel im Wertersatz bestehen wird [13]. Eine solche Vereinbarung kann ausdrücklich getroffen werden, sie kann sich aber auch als stillschweigend eingegangen aus den Umständen ergeben. Besonders häufig werden solche Ersatzleistungen bei lukrativen Zuwendungen, also bei Schenkungen und Vermächtnissen vorkommen. Hier ist nämlich, wenn es sich um die Zuwendung einer nicht fungiblen Sache handelt, eine dreifache Willensmeinung der Kontrahenten bezw. des Testators denkbar:

a) Der Honorierte soll nur die Sache und gerade diese Sache, sonst nichts haben. Geht dann die Sache unter, oder hat jener sie sich anderweitig verschafft, so wird der Schuldner, falls er die gedachten Umstände nicht zu vertreten hat, von jeder Leistungspflicht frei.

b) Es handelt sich nicht sowohl darum, dass der Bedachte gerade diese Sache haben, als vielmehr darum, dass sein Vermögen einen durch die Sache repräsentierten Wertzuwachs erhalten soll [14]. Dann hat der Schuldner, auch wenn die Sache ohne sein Verschulden unter- bezw. verloren geht, oder aus irgend einem anderen Grunde nicht geleistet werden kann, an den Gläubiger den Geldwert der Sache zu entrichten. Hatte sich der Gläubiger die Sache anderweitig gegen Entgelt verschafft, so hat ihm der Schuldner dieses Entgelt zu erstatten. Hingegen wird letzterer auch hier von seiner Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger die Sache anderweitig unentgeltlich erlangt.

c) Schließlich kann die Willensmeinung der Parteien auch dahin gehen, dass das Vermögen des Honorierten nicht nur einen der Sache entsprechenden Wertzuwachs erfahren soll, sondern dass es diesen Wertzuwachs auch gerade aus dem Vermögen des Testators bezw. des Schenkers haben soll. Und hier bleibt der Schuldner in allen Fällen der Unmöglichkeit

[13] Diese Ersatzleistung ist nicht zu verwechseln mit dem unten in Abschnitt III dieses Paragraphen zu besprechenden stellvertretenden commodum. Das Recht des Gläubigers auf die Ersatzleistung gründet sich auf den Willen der Parteien, also auf besondere Vereinbarung, während der Gläubiger den Anspruch auf das stellvertretende commodum kraft Gesetzes, also auch dann hat, wenn die Parteien darüber gar nichts bestimmt haben.

[14] Vgl. hierzu Strohal, das deutsche Erbrecht 2. Aufl. S. 145 Anm. 6.

der Leistung zum Wertersatz verpflichtet: denn selbst, wenn hier der Gläubiger die Sache von einem Dritten unentgeltlich bekommt, ist dem Willen der Parteien noch nicht Genüge geschehen [15].

[15] Das hier Gesagte, in Verbindung mit den entsprechenden bei der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung aufgestellten Sätzen (vgl. unten § 11 Text vor und nach Anm. 4) ist von Bedeutung für die im gemeinen Rechte über Gebühr aufgebauschte Lehre vom concursus duarum causarum lucrativarum. Es handelt sich dabei um die oben berührten Fälle, in denen jemand ex causa lucrativa vom Schuldner X eine Sache zu fordern hat, die er entweder bei Entstehung des Anspruchs infolge einer anderweitigen lukrativen Zuwendung bereits besitzt (vgl. § 6 J. 2,20) oder doch noch vor Befriedigung seines Anspruchs anderweitig unentgeltlich erwirbt. Die Frage geht dahin, ob unter solchen Verhältnissen X von seiner Verbindlichkeit frei sein oder ob er zur Zahlung der aestimatio verpflichtet sein soll. Die römischen Quellen haben sich für das erstere entschieden (vgl. 6 J. l. c. und l. 17 D. de obl. et act. 44,7). Infolgedessen hat man in der gemeinrechtlichen Doktrin im conc. c. l. einen selbständigen Schuldtilgungsgrund erblickt (siehe Windscheid II §§ 343a, 360 Ziffer 3; Dernburg Pand. II § 68 bei Anm. 10 u. 11) und wiederholt den Versuch unternommen, das hinter diesem eigentümlichen Tilgungsakt verborgen liegende Prinzip ausfindig zu machen (siehe Salkowski in Glücks Pandektenkommentar Bd. 49 S. 122 ff.; Hartmann a. a. O. S. 3 ff.; ferner die Dissertationen über den c. c. l. von Isay [Erlangen 1895] und von Tigges [Göttingen 1895], allesamt mit Angaben über ältere Litteratur). Doch ist man dabei zu einem wirklich befriedigenden Resultat nirgends gelangt und konnte man auch m. E. nicht gelangen. Denn die Voraussetzung, von der man ausging, war unrichtig. Dem conc. c. l. kommt der Charakter eines selbständigen Schuldbefreiungsgrundes überhaupt nicht zu, weder nach gemeinem Rechte, noch nach B. G. B., das ihn richtigerweise gar nicht erwähnt. Vielmehr führt er zu einer Befreiung des Schuldners nur dann, wenn er einen der gesetzlich anerkannten Erlöschungsgründe im Gefolge hat. So kann er beispielsweise für den Schuldner eine Unmöglichkeit der Leistung bewirken: dann reduziert sich der Inhalt des Schuldverhältnisses nach Maßgabe der im Text entwickelten Grundsätze, bezw. es greifen die Regeln der §§ 306 ff. mit der unten in § 11 gemachten Einschränkung Platz. Er braucht aber nicht immer eine Unmöglichkeit der Leistung zu begründen. Man denke sich z. B. den Fall: ein Onkel verspricht seiner Nichte, ihr zum nächsten Geburtstag ein Fahrrad zu schenken. Noch vor dem Geburtstag gewinnt letztere auf ein Los, das sie von einem Vetter geschenkt bekommen hat, ein wertvolles Rad in der Fahrradausstellung. Hier ist durch den c. c. l. die Leistung des Onkels, da er ja nicht ein bestimmtes Rad versprochen hat, durchaus nicht unmöglich geworden. Er bleibt also an sich zur Vollziehung des Schenkungsversprechens verpflichtet. Ergiebt sich aber bei dessen Interpretation, dass der Onkel das Rad zum Geburtstag nur für den Fall versprochen hatte, dass die Nichte bis dahin noch keines besitze, so würde seine Verpflichtung durch Eintritt der Resolutiv- bezw. Ausfall der Suspensivbedingung hin-

Die hier entwickelten Gesichtspunkte verhelfen uns auch zu einer Antwort auf die Frage, wie es zu halten ist, wenn sich jemand schenkungsweise zur Befriedigung des Gläubigers eines Anderen nach § 329 des B. G. B. verpflichtet und die Schuld des Anderen erlischt, bevor der Schenker sie noch bezahlt hat. Auch hier hängt es von dem, mittelst Auslegung zu erforschenden Inhalt des Schenkungsversprechens ab, ob der Promittent nunmehr jeder Verpflichtung ledig ist oder ob er nicht vielmehr die Summe, die er an den Gläubiger abführen sollte, jetzt an den ursprünglichen Schuldner zu zahlen hat. —

Die stillschweigende Vereinbarung einer „Ersatz"-Leistung ist anzunehmen, wenn im Falle eines gegenseitigen Vertrags

fällig geworden sein. Auf der anderen Seite ist auch denkbar, dass die Nichte den Onkel infolge des gemachten Gewinnes seines Versprechens entbindet. In beiden Fällen kommt es zu einer Auflösung des Schuldverhältnisses, aber nicht kraft des concursus causarum als solchen, sondern weil durch ihn in dem einen Falle der Eintritt der Resolutivbedingung herbeigeführt wird, in dem anderen Falle, weil der conc. c. den Anstoß zu dem Abschluss eines Erlassvertrages giebt. Der conc. c. kann auch geradezu eine Erfüllung des Schuldverhältnisses herbeiführen. Es ist beispielsweise der Erbe X laut Testament verpflichtet, an den A zwei Jahre nach dem Erbfall eine Sache als Vermächtnis herauszugeben. Der Erbe X, der kurz nach dem Erbfall stirbt, vermacht, in Erfüllung der ihm auferlegten Pflicht, dem A seinerseits die Sache unbetagt (vgl. l. 84 § 2 D. de leg. I, eine Stelle, der Hartmann a. a. O. S. 72 nicht ganz gerecht wird). Liefert jetzt Y, der den X beerbt, an den A die vermachte Sache aus, so gehen dadurch beide auf ihm lastende Vermächtnisobligationen infolge der Erfüllung unter: der conc. c. hat, wiederum nicht als solcher, sondern nur insofern, als er die Veranlassung zur solutio gegeben hat, das Erlöschen des Schuldverhältnisses bewirkt. Ähnlich liegt das Verhältnis in allen Fällen, in denen nach § 364 Abs. 2 B. G. B. complures causae in eandem rem nebeneinander existieren und die Leistung auf Grund der einen causa prästiert wird. Durch diese kurzen Andeutungen dürfte, wenn auch noch nicht bewiesen, so doch glaubhaft gemacht sein, dass dem conc. c. l. eine selbständige theoretische Bedeutung (in der Praxis hat er überhaupt niemals eine große Rolle gespielt) nicht innewohnt: er ordnet sich, trotz der noch neuerdings von Binder in seinem Buche über die Korrealobligationen S. 45 aufgestellten Behauptung, „dass jeder Versuch, ihn als Anwendung, nicht als Ausnahme von Rechtsnormen zu betrachten, verfehlt sei", in Wahrheit den allgemeinen Grundsätzen vom Inhalt und vom Erlöschen der schuldnerischen Leistungspflicht vollständig unter. Wenn er wirklich Schwierigkeiten bereitet, so liegen diese nur in der, sich hier notwendig machenden und nicht immer leichten, Interpretation des Parteiwillens: sie sind also lediglich in Thatfragen, nicht in Rechtsfragen zu suchen. Im übrigen kann auf die gemeinrechtlichen Kontroversen vom c. c. l. hier nicht weiter eingegangen werden.

die zur Preiszahlung verpflichtete Partei ihre Verbindlichkeit scheinbar deshalb nicht zu erfüllen vermag, weil sich die Höhe der vertragsmäßigen Gegenleistung nicht ermitteln lässt. Dann wird einfach die „vereinbarte" durch die „angemessene" Gegenleistung ersetzt. Es wird z. B. bei einem Werkvertrag als Entgelt ein bestimmter Prozentsatz des Verkaufswerts vereinbart, den das opus nach seiner Fertigstellung hat; der Besteller kündigt aber noch vor der Vollendung des Werkes den Vertrag nach § 649. Hier lässt sich die Höhe der vertragsmäßigen Vergütung, zu deren Entrichtung der Besteller trotz der Kündigung gemäß § 649 Satz 2 verpflichtet bleibt, da es zur Herstellung des Werkes gar nicht kommt, auch nicht berechnen. Deshalb kann sich der Besteller nicht unter Berufung auf § 275 jeder Preiszahlung entschlagen. Vielmehr tritt hier an die Stelle der vereinbarten die „ortsübliche", „kundenübliche", „entsprechende" Gegenleistung[16]. Ähnlich läge der Fall, wenn sich ein Frachtführer für den Transport von Getreide einen Prozentsatz von dem, durch den Verkauf des Getreides zu erzielenden Erlös ausbedungen hätte und das Getreide einen Tag nach der Ablieferung, also zu einer Zeit, wo die Gefahr nicht mehr beim Frachtführer stünde, mitsamt dem Lagerhaus, in dem es aufgespeichert war, verbrennen würde. Auch hier wäre an Stelle der nicht zu ermittelnden vereinbarten die angemessene Fracht zu zahlen[17].

Es lassen sich auch Fälle denken, wo man die Verpflichtung des Schuldners zu einer Ersatzleistung nicht unmittelbar auf den Willen der Parteien zurückführen kann, wo sie sich aber durch die Umstände selbst so gebieterisch aufdrängt, dass man sagen kann, die Parteien würden sie, wenn sie solche Umstände vorausgesehen hätten, wahrscheinlich vereinbart haben. Ein Fall dieser Art wäre z. B. folgender[18]: Auf einem Schiffe sind für zwei Destinatäre 120 Fässer Schmalz genau derselben Sorte verladen worden u. z. so, dass die für den X

[16] Vgl. hierzu Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 328 fg.; auch Reinhard im Sächs. Archiv Bd. 7 S. 42.

[17] Anders natürlich, wenn die Parteien mit der gedachten Verabredung einen Gesellschaftsvertrag hatten abschließen wollen. Denn dann hätte der Transportführer den Verlust des Getreides mit zu tragen.

[18] Aus Seufferts Archiv Bd. 39 Nr. 129.

bestimmten 100 Fässer mit einer besonderen Marke bezeichnet sind, während die 20 Fässer des Y kein besonderes Merkmal tragen. Infolge eines Unwetters lösen sich von 5 Fässern die Marken los, so dass der Schiffer nur noch von 95 Fässern mit Sicherheit sagen kann, dass sie dem X gehören, während er bei den übrigen 25 nicht im stande ist, zu erkennen, welche 5 dem X und welche 20 dem Y zukommen. Bei oberflächlicher Betrachtung hat es den Anschein, als sei hier der Schiffer zufolge § 275 von einem Teile seiner Leistungspflicht befreit. Und doch wäre es nicht nur in hohem Maße unbillig, sondern auch hochgradig unpraktisch, wollte man hier den Frachtführer bezüglich der 25 Fässer seiner Verbindlichkeit, und somit zufolge § 323 auch die Vertragsgegner der ihrigen los und ledig sprechen[19]. Vielmehr tritt hier von selbst, wie das O. L. G. Hamburg anlässlich eines solchen Falles zutreffend ausgeführt hat, an die Stelle der unmöglich gewordenen Lieferung der gerade für den X und den Y bestimmten Güter die Pflicht des Verfrachters zur Leistung einer entsprechenden Quote der durch jene Vermischung entstandenen Gesamtmenge. „Die Empfänger können nur verlangen, dass ihnen aus der vorhandenen Gesamtmasse der 25 Fässer ein den ihnen nicht gelieferten Fässern entsprechendes Quantum geliefert werde.“ — Die Aufhebung der hierdurch entstandenen Gemeinschaft hat dann nach den §§ 752 ff. des B. G. B. zu erfolgen[20].

[19] Das Gericht 1. Instanz hat thatsächlich in diesem Falle die vom Frachtführer gegen den X angestrengte Klage auf Zahlung der Fracht, insoweit sie sich auf die unkenntlich gewordenen Fässer bezog, wegen Unmöglichkeit der Gegenleistung abgewiesen!

[20] Vgl. hierzu auch die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 4 S. 41 (= Seufferts Archiv Bd. 37 Nr. 59). Ein weiterer interessanter Fall einer sich aus den Umständen von selbst ergebenden Ersatzleistung findet sich in Striethorsts Archiv v. Jahre 1857 (Bd. 24) S. 42. — Cohn hat in seiner Sprüchesammlung für den Anspruch des Gläubigers auf das stellvertretende commodum (vgl. Abschnitt III dieses Paragraphen) das Rechtssprichwort verwendet: „Stirbt der Fuchs, so gilt der Balg“ (Das neue Deutsche Bürgerliche Recht in Sprüchen II S. 12). Die Parömie würde auch auf die Fälle der Ersatzleistung passen.

II.

Die Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit wegen Unmöglichkeit der Leistung tritt ipso jure ein. Erhellt also im Prozess bereits aus dem Vorbringen des klagenden Gläubigers, dass dem Schuldner die Leistung ohne seine Schuld unmöglich geworden ist, so ist die Klage abzuweisen, selbst wenn der Schuldner einen diesbezüglichen Einwand nicht erheben oder im Termin zur mündlichen Verhandlung überhaupt nicht erscheinen sollte. In der Mehrzahl der Prozesse wird es aber nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner sein, der die Unmöglichkeit der Leistung zur Sprache bringt, sei es nun agendo, indem er mit einer Feststellungsklage vorgeht, sei es excipiendo, indem er der Klage des Gläubigers auf Erfüllung den Einwand aus § 275 des B. G. B. entgegenstellt. In beiden Fällen hat er sowohl die Unmöglichkeit der Leistung, wie ihre Nicht-Vertretbarkeit zu beweisen. Die erstere deshalb, weil er mit ihr eine Veränderung, nämlich eine Reduktion des Obligationsinhalts behauptet: und wer sich darauf beruft, dass der ursprüngliche Inhalt des Schuldverhältnisses nachträglich eine Änderung erfahren habe, muss die Gründe dieser Veränderung darthun. Dass der Schuldner aber auch beweisen muss, dass die Unmöglichkeit die Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands ist, wird vom Gesetzbuch, im wesentlichen in Übereinstimmung mit den bislang herrschenden Anschauungen, in § 282 ausdrücklich bestimmt[21].

[21] Unrichtig ist hiernach die Behauptung Endemanns I § 112 (S. 484): „Der Gläubiger muss das wissentliche Handeln des Schuldners gegen die Schuldverpflichtung beweisen, wenn er hieraus Ansprüche für sich herleiten will." Liegt der Fall so, dass der Gläubiger nur aus dem wissentlichen Handeln des Schuldners Ansprüche ableiten kann, m. a. W. dass letzterer nur für Vorsatz haftet, so muss er, der Schuldner, wenn er seine Haftung bestreitet, beweisen, dass er die Unmöglichkeit der Leistung nicht vorsätzlich herbeigeführt hat. Das kann angesichts des § 282 gar keinem Zweifel unterliegen. Ebensowenig vermag ich Beckh, Die Beweislast nach dem B. G. B. (München 1899) S. 231 beizustimmen, der meint, die Beweispflicht treffe den Schuldner nur so lange, als der Gläubiger nicht in Verzug der Annahme geraten sei. Von da an habe der Gläubiger zu beweisen, „dass die Erfüllung durch vorsätzliches oder grobfahrlässiges

Nach dem, was oben in § 5 über die mittelbare Verschuldung gesagt worden ist, wird der Nachweis der Schuldlosigkeit nicht schon dadurch erbracht, dass der Eintritt von Ereignissen bewiesen wird, die im allgemeinen als zufällige anzusehen sind. Es genügt also nicht, dass der Schuldner beweist, die verkaufte Sache sei gestohlen oder durch eine Feuersbrunst zerstört worden. Vielmehr muss er des weiteren noch darthun, dass ihm in Ansehung dieser Ereignisse kein Verschulden zur Last gelegt werden kann[22]. Wann dieser negative Beweis als erbracht anzusehen ist, lässt sich nicht im voraus mit Bestimmtheit sagen. Darüber hat im konkreten Falle das freie Ermessen des Richters nach dem Gesamtinhalt der Verhandlungen und dem Ergebnis der Beweisaufnahme zu entscheiden (C. P. O. § 286)[23]. Dabei ist zu beachten, dass, wenn es sich in einem Rechtsstreit darum handelt, ob der Schuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, letztere immer nur mittelbar als Beweisthema in Betracht kommt; unmittelbarer Gegenstand der Beweisführung sind die konkreten Thatsachen und Begebenheiten, deren historischen Verlauf der Probant im Zusammenhang mit seinem eigenen Verhalten klar zu legen hat; die Frage hingegen, ob letzteres eine culpa des Schuldners involviert, ist nicht von ihm, sondern vom Richter zu beantworten[24].

Verschulden des anderen Teiles unmöglich geworden sei". Auch das steht mit dem Wortlaut des § 282 in Widerspruch.

[22] Nicht also hat der Gläubiger bei den sogenannten „zufälligen Ereignissen" die konkurrierende culpa des Schuldners zu beweisen. So die Entscheidungen aus älterer Zeit in Seufferts Archiv Bd. 7 Nr. 31 und 225.

[23] Vgl. hierzu Reichsgericht in Bd. 11 der Entscheid. S. 132 (= Seuff. Archiv Bd. 39 Nr. 204) und im Sächs. Archiv Bd. 7 S. 587; ferner Seuff. Archiv Bd. 18 Nr. 58 u. Bd. 25 Nr. 184; Motive II S. 47—49 und Planck II S. 57 unter 2.

[24] Vgl. Windscheid II § 265 Anm. 18; Wendt im Archiv f. civil. Praxis Bd. 87 S. 448; Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts (Leipzig 1898) S. 249 und 251 und dazu Stein, Das private Wissen des Richters S. 37 ff. Sehr richtig sagt das R. O. H. G. in Bd. 19 seiner Entsch. S. 215: „Der Beweispflichtige hat seine Handlungen darzulegen, zu qualifizieren hat sie der Richter." Da, wo die Beobachtung der diligentia quam suis in Frage steht, muss allerdings der Schuldner die juristische Qualifikation seines Verhaltens dem Richter dadurch ermöglichen, dass er den Grad von Sorgfalt darthut, den er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Vgl. hierzu Maxen, Über Beweislast, Einrede und Exceptionen (Göttingen 1861) S. 189 fg.

— Verteidigt sich der Beklagte damit, dass es an dem Kausalzusammenhang zwischen seinem schuldhaften Verhalten und dem Schaden des Gläubigers fehle, weil beispielsweise die Sache, wenn sie nicht bei ihm verbrannt wäre, beim Gläubiger durch Feuer zu Grunde gegangen sein würde, so hat er auch den mangelnden Kausalzusammenhang darzuthun, in gedachtem Falle also auch den Beweis zu führen, dass der Gläubiger die Sache zu der Zeit, wo bei ihm das Feuer ausbrach, weder verliehen, noch verkauft, noch wo anders deponiert, schließlich auch, dass er sie nicht gegen Feuersgefahr versichert haben würde[25].

Hat es der Beklagte unterlassen, die Einwendung aus § 275 bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung geltend zu machen, auf welche das Urteil ergeht (§ 278 Abs. 1 der C. P. O.), so wird er zu der unmöglichen Leistung verurteilt. Ein solches Urteil ist nicht nichtig[26]. Wohl aber scheint es für den Gläubiger wertlos, für den Schuldner also unschädlich zu sein, weil die unmögliche Leistung natürlich nicht beigetrieben werden kann. Indessen hat auch das auf eine unmögliche Leistung gerichtete Urteil für den Kläger seine hohe Bedeutung und darum für den Beklagten seine ernste Gefahr. Denn der Gläubiger ist nach § 283 berechtigt, dem rechtskräftig verurteilten Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist ist dann der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen[27]. Versäumt es also der Schuldner, die Unmöglichkeit der Leistung rechtzeitig im Prozess zur Sprache zu bringen, so setzt er sich dadurch der vollen

[25] Ebenso Windscheid II § 280 bei Anm. 14; Beckh a. a. O. S. 233; Planck II S. 65 zu § 287 unter 2; Schollmeyer, Kommentar S. 128 ebenda unter 2 b; Mayring, Kommentar § 287 (S. 48) unter 2 b; Endemann I § 138 Ziffer 5 a. E. Vgl. dazu auch das Urteil des Reichsgerichts in Bd. 33 der Entsch. S. 263 und in Gruchots Beiträgen Bd. 40 S. 906 und dazu Wolff in demselben Bande von Gruchots Beiträgen S. 468 ff. Anders als oben: Meisner und Kuhlenbeck in ihren Kommentaren zum B. G. B. § 287 unter 2.

[26] Vgl. oben § 1 unter IV.

[27] Näheres über den § 283 in § 7 d. Darstellung unter II.

Interessehaftung aus. Denn nachträglich kann er die Einwendung aus § 275 B. G. B. nicht mehr geltend machen (C. P. O. § 767 Abs. 2). Nur dann, wenn die Leistung erst nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung zufolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands unmöglich geworden ist, kann er später noch im Wege der Klage die Befreiung von seiner Verbindlichkeit feststellen lassen (C. P. O. § 767 Abs. 1). Da indessen der bereits verurteilte Schuldner in der Regel im Verzuge sein wird[28], mithin auch für den Zufall einzustehen hat, so werden die Voraussetzungen für diese Vollstreckungsgegenklage nur selten gegeben sein.

III.

„Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen." Dieser in § 281 Abs. 1 des B. G. B. aufgestellte Rechtssatz räumt dem Gläubiger einen Anspruch gegen den Schuldner auf Herausgabe des sogenannten stellvertretenden commodum ein.

Denjenigen Schriftstellern, welche mit dem Unmöglichwerden der Leistung das Schuldverhältnis erlöschen lassen, macht es Schwierigkeit, diesen Anspruch des Gläubigers zu konstruieren. Denn sie müssen sich natürlich fragen: wenn das Schuldverhältnis mit dem Unmöglichwerden der Erfüllung erlischt, wie kann dann der Gläubiger aus dem Schuldverhältnis noch Rechte ableiten? Diese Anomalie suchen sie nun folgendermaßen zu erklären. Das zufolge § 275 des B. G. B. durch die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführte Erlöschen des Schuldverhältnisses, sagen sie, sei kein definitives. Es werde hier vielmehr zunächst ein Schwebezustand geschaffen, der sein Ende dadurch erreiche, dass sich entweder herausstelle: der Schuldner hat für den geschuldeten Gegenstand kein

[28] Absolut notwendig ist es aber nicht, dass der verurteilte Schuldner sich in mora befindet, da die C. P. O. in den §§ 257, 258 und 259 in ziemlich weitem Umfang Verurteilungen zu künftigen Leistungen kennt.

commodum erlangt — dann sei das Schuldverhältnis seit dem Unmöglichwerden der Leistung erloschen; oder dass es sich zeige: er hat ein solches bekommen; dann frage es sich, ob der Gläubiger sein Recht auf dieses commodum geltend mache oder nicht. Thue er es nicht bis zum Ablauf der Verjährungsfrist, so soll das Schuldverhältnis wiederum seit dem Eintritt der Unmöglichkeit als aufgehoben angesehen werden. Mache er es aber geltend, so soll die Obligation als von Anfang an fortbestehend zu betrachten sein[29]. Dass diese Auffassung etwas Gekünsteltes hat, liegt auf der Hand. Sie hat auch nur den Zweck, eine in ihrem Ausgangspunkt unrichtige Vorstellung mit dem positiven Recht in Einklang zu bringen. Denn gerade aus § 281 Abs. 1 ergiebt sich mit aller Evidenz, dass nach B. G. B die Unmöglichkeit der Leistung nicht Erlöschen des Schuldverhältnisses, sondern nur Reduktion des Inhalts der Obligation bewirkt. Wird durch die Unmöglichkeit der Leistung und den damit verbundenen Wegfall des Anspruchs auf Naturalerfüllung der Inhalt des Schuldverhältnisses auf Null reduziert, dann macht es allerdings keinen Unterschied aus, ob man letzteres zufolge der Unmöglichkeit der Leistung als aufgehoben, oder bloß als inhaltslos ansehen will. Bleibt aber für das Schuldverhältnis trotz der casuellen Unmöglichkeit der Leistung ein Inhalt übrig, sei es nun, dass sich der Schuldner noch nach Eintritt der Unmöglichkeit einer culpa schuldig macht, aus welcher dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch erwächst (vgl. oben § 5 unter 5), oder sei es, dass er ein commodum erhalten hat, dessen Herausgabe der Gläubiger verlangen kann, so gewinnt die verschiedene Betrachtungsweise praktische Bedeutung, indem dann nach der hier vertretenen Auffassung einfach das alte Schuldverhältnis weiter funktioniert, während die Ansicht der Gegner in dem einen Falle zu unbilligen Ergebnissen, in dem andern Falle zu konstruktiven Schwierigkeiten führt[30]. —

[29] So Schollmeyer, Kommentar S. 199, § 323 unter 4 und Oertmann, Kommentar S. 71, § 323 unter b.

[30] Ohne Einfluss dürfte die Verschiedenheit der Auffassungen auf die Verteilung der Beweislast in Ansehung des stellvertretenden commodum sein. Sagt man, die Unmöglichkeit der Leistung wirkt bedingtes Erlöschen des Schuldverhältnisses (bedingt nämlich dadurch, dass der Schuldner kein

Der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe des erlangten Ersatzes bezw. auf Abtretung des Ersatzanspruchs tritt an die Stelle der ursprünglichen auf Naturalerfüllung gerichteten Forderung. Es bleiben darum für ihn die für sie bestellten Bürgen, Pfänder und Konventionalstrafen verhaftet[31]. Er unterliegt auch derselben Verjährung, die für die Forderung Platz gegriffen hätte[32]. Ferner ist es keine Klageänderung, wenn der Kläger, nachdem er im Prozess von der Unmöglichkeit der Leistung erfahren hat, den auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand gerichteten Antrag fallen lässt und nunmehr das stellvertretende commodum begehrt[33].

Die Herausgabe des letzteren an den Gläubiger bedeutet keine Leistung an Erfüllungsstatt im Sinne des § 364 Abs. 1[34]. Sie ist ein Notbehelf, mit dem sich der Gläubiger in Ermangelung eines Besseren zufrieden geben muss. Es kann wohl sein, dass er im einzelnen Falle in dem commodum eine volle Entschädigung für die unmöglich gewordene Leistung findet. Notwendig verbunden aber ist dieser Erfolg mit dem

an den Gläubiger auszulieferndes commodum erhalten hat), so muss der Schuldner, wenn er seine definitive Befreiung von jeder Leistungspflicht behauptet, den Eintritt der Bedingung, also das Nichtvorhandensein eines commodum beweisen. Zu demselben Resultat aber kommt man, wenn man sagt, die Unmöglichkeit der Leistung bewirkt überhaupt kein Erlöschen des Schuldverhältnisses, sondern reduziert nur dessen Inhalt: auch dann muss der Schuldner, wenn er die absolute Inhaltslosigkeit des Schuldverhältnisses behauptet, diese beweisen. Unter allen Umständen hat also der Schuldner, wenn es streitig ist, ob er ein commodum erhalten hat oder nicht, dessen Nichtexistenz, nicht der Gläubiger dessen Existenz darzuthun. Nur muss der Gläubiger das Vorhandensein eines bestimmten commodum behaupten, so dass der Schuldner nicht etwa von selbst das Ausgeschlossensein aller denkbaren Eventualitäten zu beweisen braucht, die, wenn sie vorgelegen haben würden, zu einem Ersatzanspruch geführt hätten.

[31] Selbstverständlich haften diese nur für den Anspruch des Gläubigers auf Abtretung des Ersatzanspruchs und nicht etwa auch für den abgetretenen Anspruch.

[32] Ebenso Schollmeyer, Kommentar S. 115 unter 5d.

[33] C. P. O. § 268 Z. 3. Natürlich kann der Kläger, wenn er von der Unmöglichkeit der Leistung Kenntnis hat, sein petitum von vornherein auf das commodum richten. Dann ist er es aber, der eine Veränderung im ursprünglichen Obligationsinhalt behauptet, und darum muss er hier die Unmöglichkeit der Erfüllung beweisen. Der Beweis der Nichtexistenz eines commodum würde hingegen auch hier dem Schuldner verbleiben.

[34] Wichtig für die unten in § 8 am Schlusse von I gedachten Fälle.

Begriff des commodum nicht. Dieses kann nicht nur hinter dem Schaden, den der Gläubiger erlitten, sondern auch hinter dem Werte des geschuldeten Gegenstands weit zurückbleiben[35].

So viel über die juristische Natur des dem Gläubiger in § 281 verliehenen Rechtes. Es bleibt noch übrig, seine Voraussetzungen und seinen Umfang zu untersuchen.

1. Wann kann man sagen, dass der Schuldner ein commodum erlangt hat, das er dem Gläubiger herauszugeben verpflichtet ist? Hierzu ist nach den Worten des Gesetzbuchs zweierlei erforderlich: einmal muss der Schuldner den Ersatz bezw. den Ersatzanspruch „infolge" des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich gemacht hat, sodannn muss er ihn „für" den geschuldeten Gegenstand erlangt haben.

Was die erstere Voraussetzung anlangt, so wird man sich nicht mit einem rein äußerlichen und zufälligen Kausalzusammenhang zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Anfall des commodum an den Schuldner zufrieden geben können, sondern man wird zwischen beiden Ereignissen ein gewisses korrespektives Verhältnis verlangen müssen, auf Grund dessen die Unmöglichkeit der Leistung den Erwerb des commodum durch den Schuldner sozusagen mit innerer juristischer Notwendigkeit auslöst. Solche liegt z. B. dann vor, wenn dem Schuldner gegen den Dieb, der den geschuldeten Gegenstand gestohlen hat, ein Anspruch aus § 823 des B. G. B. erwächst; oder wenn der Schuldner die Leistung durch anderweiten Verkauf der Sache unmöglich macht und nun gegen den Käufer eine actio venditi erwirbt bezw. den Kaufpreis von ihm ausgezahlt bekommt; ein commodum dieser Art stellt ferner die Versicherungssumme dar, die dem Schuldner, nachdem er einmal den Versicherungsvertrag abgeschlossen hat, durch den

[35] Der Anspruch des Gläubigers auf das commodum lässt sich nicht aus der „berechtigten Unterstellung" ableiten, „der Verpflichtungswille sei darauf gerichtet gewesen" (so die Motive II S. 46), denn der Gläubiger hat das Recht auch dann, wenn die Parteien an ein commodum überhaupt nicht gedacht hatten. Darin liegt der Unterschied von der oben unter I besprochenen Ersatzleistung. Unrichtig ist es auch, wenigstens für die Fälle der casuellen Unmöglichkeit, wenn Matthiaß I S. 344 sagt, es handle sich in § 281 „um eine positive Anordnung über die Leistung des Schadensersatzes". Das commodum kann, wie gesagt, weit davon entfernt sein, dem Gläubiger seinen Schaden zu ersetzen.

Untergang des Leistungsgegenstandes mit juristischer Notwendigkeit zufällt. Ebenso gehört hierher der Erlös, der dem Expropriierten im Expropriationsverfahren zugesprochen wird; die Abfindung, die der Miteigentümer bei der Auseinandersetzung erhält; der Gegenstand, der infolge eines Tauschvertrags an die Stelle des eingetauschten Gegenstands tritt. Nicht hingegen würde hierher der Fall gehören, wo dem Schuldner, dem das aus seiner Sammlung verkaufte Gemälde verbrennt, von einem guten Freunde als Ersatz ein anderes Bild desselben Meisters geschenkt wird; oder wo dem Schuldner, der in Unkenntnis seiner Verpflichtung die Leistung dadurch unmöglich gemacht hat, dass er den Leistungsgegenstand einem Dritten geschenkt hat, von dem Dritten ein Gegengeschenk von ungefähr gleichem Werte gemacht wird. In diesen Beispielen fehlt es zwar nicht an einem äußeren Kausalzusammenhang zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Anfall des commodum an den Schuldner, indem jenes Ereignis offenbar die Veranlassung ist, um derentwillen ihm letzteres zu teil wird: aber es mangelt hier, selbst wenn in dem zuerst gedachten Falle das Geschenk mit Rücksicht auf die Leistungspflicht des Schuldners gemacht sein sollte, an dem inneren juristischen Zusammenhang zwischen Gewinn und Verlust, und darum würde es jeder als unbillig empfinden, wollte man hier dem Gläubiger das Recht einräumen, die Herausgabe des Geschenkes vom Schuldner zu verlangen. Fraglich kann es sein, wie es zu halten ist, wenn dem Schuldner nicht nur aus Anlass des Untergangs der res debita ein Ersatzgegenstand geschenkt wird, sondern wenn ihm von vornherein ein solcher für diesen Fall schenkungsweise zugesagt war, so dass er einen rechtlichen Anspruch auf ihn erworben hatte. Hier wird man wohl dem Gläubiger das Recht auf Ausantwortung des Geschenkes kaum absprechen können.

Der Schuldner muss ferner den Ersatz bezw. den Ersatzanspruch „für“ den geschuldeten Gegenstand erlangen, d. h. ersterer muss gewissermaßen das juristische Äquivalent für die Substanz des letzteren darstellen. Würde z. B. der Schuldner die Leistung dadurch unmöglich machen, dass er den Gegenstand des Schuldverhältnisses in entschuldbarer

Unkenntnis seiner Verbindlichkeit zu einer anderen Sache verarbeitete, so hätte der Gläubiger keinen Anspruch auf Herausgabe der im Wege der Specifikation entstandenen neuen Sache, denn diese würde sich juristisch jedenfalls nicht als das Äquivalent der alten Sache darstellen. Ebensowenig lassen sich unter diesem Gesichtspunkt die Früchte einer Sache betrachten, mag es sich nun um fructus civiles oder um fructus naturales handeln[36]. Wenn also der Erbe im Nachlass des Testators einen schönen Pelz vorfindet, von dem er nicht weiß, dass der Erblasser ihn bereits verkauft hatte, und der Erbe vermietet ihn an einen Freund, der auf eine Nordlandsreise auszieht, für 25 Mk. monatlich[37], so kann der Käufer nicht wegen der Unmöglichkeit der Leistung die Herausgabe des bereits empfangenen und des künftig noch fälligen Mietzinses verlangen. Indessen muss man hier bei dem weiten Fruchtbegriff, den das B. G. B. angenommen hat, mit der Verweigerung des Anspruchs vorsichtig sein. Man denke sich den Fall, dass B eine ihm zustehende Nutzung an einer Quote des Gemeindewaldes an A verkauft, sich dabei das Wiederkaufsrecht vorbehält und dass, bevor er noch das letztere ausübt, der Wald seitens der Gemeinde zur Teilung und zum Abtrieb kommt, wofür dem A als augenblicklichem Nutzungsberechtigten eine Entschädigung, sagen wir in Höhe von 1000 Mk., zugesprochen wird. Da nach § 99 Abs. 1 die gefällten Bäume als Frucht des Waldes zu gelten haben, so könnte man versucht sein, jene Summe nicht als ein Äquivalent für das dem A genommene Recht, sondern als das letzte Erträgnis anzusehen, welches dieses Recht seiner Bestimmung gemäß abgeworfen hat. Auf diese Weise würde man dazu gelangen, dem Wiederkaufsberechtigten den Anspruch auf Herausgabe des Erlöses abzuerkennen. Indessen hat man hier, unbeschadet des Fruchtbegriffs des § 99, doch wohl zu entscheiden, dass das von der Gemeinde für die aufgehobene Nutzung gezahlte Entgelt die Entschädigung des

[36] Sie repräsentiren nicht ein stellvertretendes, sondern ein accessorisches commodum. Vgl. über diesen Begriff Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht (Braunschweig 1859) Heft 1 S. 1—74.

[37] Das Beispiel ist gebildet in Anlehnung an den von Mommsen in der soeben berufenen Schrift S. 128 Anm. 3 konstruierten Rechtsfall.

Berechtigten für das in seiner Substanz vernichtete Recht, somit dessen Äquivalent, nicht dessen Erträgnis darstellt, und es wäre darum auch nach B. G. B. in solchem Falle der Wiederverkäufer (wie es in den siebziger Jahren vom Berliner Obertribunal geschehen ist)[38] zur Ausantwortung des Erlöses an den Wiederkäufer zu verurteilen. —

Daraus, dass dem Gläubiger in § 281 das Recht verliehen wird, die Herausgabe des Ersatzes bezw. die Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen, ergiebt sich als selbstverständliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieses Paragraphen, dass der Gläubiger auch bezüglich des ursprünglichen Leistungsgegenstandes einen Anspruch auf „Herausgabe der Sache“ d. h. hier: auf das dauernde Behalten der Sache gehabt haben muss. Darum ist der § 281 unanwendbar in den Fällen, wo der Gläubiger die geschuldete Sache nur nach einzelnen Richtungen hin nutzen oder gebrauchen sollte. Keine Rede kann also davon sein, dass auch der Mieter, oder derjenige, dem die leihweise Überlassung einer Sache versprochen war, Anspruch auf eine dem Werte seines Rechtes entsprechende Quote des stellvertretenden commodum erheben dürfe[39]. Und noch weniger ist daran zu denken, auf Grund des § 281 den Dienstberechtigten an den Renten participieren zu lassen, die der Dienstpflichtige infolge einer Krankheit oder eines die Leistung der Dienste verhindernden Unfalls bezieht[40]. Ja auch da, wo der Schuldner sich zur Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einer Sache verpflichtet hat, lässt sich aus § 281 ein Anspruch des Gläubigers darauf, dass ihm ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht an dem commodum bestellt werde, nicht ableiten[41]. Hingegen hat der Verpfänder

[38] Seufferts Archiv Bd. 34 Nr. 28.

[39] Ein solches Recht des Mieters nimmt Enneccerus an: a. a. O. S. 427.

[40] Ganz abwegig in dieser Beziehung Schollmeyer, Kommentar S. 113, § 281 unter d. Richtig Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts S. 113 Anm. 15 bezüglich des mit dem § 281 des B. G. B. inhaltlich verwandten Artikels 1303 des Code civil. Vgl. auch die Bemerkung Labands zu § 238 Abs. 1 des E. I im Archiv f. civil. Praxis Bd. 73 S. 196.

[41] Eine ganz andere, nicht hier zu beantwortende Frage ist die, ob bei dem Untergang einer mit einem Pfandrecht oder einem Nießbrauch bereits belasteten Sache diese jura in re auch das an die Stelle der Sache tretende commodum ergreifen. Eine positive Bestimmung hierüber enthält

nach Erlöschen des Pfandrechts gegen den Pfandgläubiger einen Anspruch „auf Herausgabe“ der Sache und es kann darum gar keinem Zweifel unterliegen, dass, wenn der Pfandgläubiger die Pfandsache in entschuldbarer Unkenntnis ihrer Pfandeigenschaft wie eine eigene verkauft hat, der Verpfänder die Herausgabe des Kaufpreises verlangen kann. Fraglich kann es sein, wie es mit der Versicherungssumme zu halten ist, die der Pfandgläubiger auf Grund eigener Versicherung der Sache ausgezahlt erhält, weil nämlich der Pfandgläubiger in aller Regel nicht das Interesse des Eigentümers an der Sache, sondern nur sein pfandrechtliches Interesse an ihr versichert. Die Entscheidung der Frage ist nicht nur für den Verpfänder, sondern auch für den Versicherer von großer Bedeutung. Man setze den Fall, dass X von A ein Darlehn von 10000 erhält, dafür Waren in gleichem Werte verpfändet, A dieselben bei einer Feuerversicherungsgesellschaft in entsprechender Höhe versichert und nach einigen Monaten der Schuppen, in dem die Waren lagern, niederbrennt. Sagt man hier, A habe nur sein Interesse an der Sache versichern wollen und X habe darum auf Herausgabe der Versicherungssumme keinerlei Anspruch, so ist klar, dass die Gesellschaft die Summe von 10000 an A nur gegen Abtretung der Darlehnsforderung zu zahlen braucht, da ja mit der Auszahlung der gedachten Summe jeder Schade, den A aus der Darlehnshingabe eventuell erleiden könnte (wir wollen annehmen, dass das Darlehn unverzinslich war), gedeckt sein würde, A infolgedessen, wenn er die Darlehnsforderung behielte, einen Gewinn machte, zu welchem ihm zu verhelfen die Gesellschaft nicht verpflichtet wäre. Entscheidet man sich hingegen dafür, dass A auf Grund des § 281 dem X wegen der Unmöglichkeit der Pfandrückgabe später die Versicherungssumme herauszugeben hat, so kann natürlich die Gesellschaft die Abtretung der Darlehnsklage nicht verlangen. Den richtigen Gesichtspunkt für die Entscheidung der hier aufgeworfenen Frage hat wohl das O. L. G. Hamburg in dem in

das Gesetzbuch für die Hypothek in Ansehung einer etwaigen Versicherungsforderung: vgl. § 1127. Siehe ferner die §§ 1046 Abs. 1, 1066 Abs. 3, 1219 Abs. 2, 1258 Abs. 3 des B. G. B. und vom E. G. die Art. 52, 53, 67 Abs. 2.

Seufferts Archiv Bd. 43 Nr. 263 abgedruckten Urteil gefunden[42], indem es da, wo der Pfandgläubiger die Pfandsache versichert hat, unterscheidet, ob er zum Abschluss des Versicherungsvertrags dem Verpfänder gegenüber verpflichtet war oder nicht. „In letzterem Falle", so führt das hanseatische Gericht zutreffend aus, „ist für die Ansprüche des Pfandgläubigers gegen den Versicherer allein sein Interesse an der Versicherung maßgebend. Dieses Interesse besteht aber in diesem Falle nur in der Befriedigung seiner Forderung, für welche das versicherte Pfand ihn decken sollte. Daraus folgt, dass der Versicherer ihm die Versicherungssumme nur gegen Abtretung dieser Forderung zu gewähren verpflichtet sein kann. Diese Beschränkung der Verpflichtung des Versicherers würde illusorisch werden, wenn gegenüber der Klage aus der abgetretenen Pfandschuld der Schuldner und Verpfänder die Auskehrung der Versicherungsgelder sollte beanspruchen können. Anders dagegen liegt die Sache, wenn nach dem zwischen den Kontrahenten des Pfandvertrags bestehenden Rechtsverhältnis der Pfandnehmer gegenüber dem Verpfänder verpflichtet war, für die Versicherung des Pfandes Sorge zu tragen. Hier ist er gegen Berichtigung seiner Forderung dem Verpfänder an Stelle der Rückgabe des untergegangenen Pfandes die Versicherungssumme zur Verfügung zu stellen verpflichtet, weil er gegen den Verpfänder die Sorge für die Versicherung übernommen hat. Die Erfüllung dieser seiner Verpflichtung bildet daher auch einen Bestandteil seines Interesses an der Versicherung, das der Versicherer (in S. A. steht irrtümlich Versicherungsnehmer) zu respektieren hat, der hier nicht darauf rechnen kann, sich mit Hilfe der abgetretenen Forderung des Versicherungsnehmers für die ihm ausgezahlte Versicherungssumme schadlos halten zu können." —

Was endlich speziell das Recht des Gläubigers auf Abtretung des Ersatzanspruchs angeht, so ist hierfür unerlässliche Voraussetzung, dass es sich um einen cessiblen

[42] Die gegen das Urteil eingelegte Revision wurde vom Reichsgericht zurückgewiesen.

Anspruch handelt, dass also der Abtretung nicht Hindernisse aus den §§ 399, 400 des B. G. B. entgegen stehen[43]. Und ein ferneres Erfordernis dürfte sein, dass der Gläubiger gegen den Dritten nicht kraft eigenen Rechtes eine Schadensersatzforderung hat, die schon alle die Befugnisse in sich schließt, die ihm die abzutretende Forderung gewährt. Denn es hätte weder einen Zweck noch entspräche es der Billigkeit, wenn beim Leihevertrag der Kommodatar gezwungen würde, seine ihm nach § 823 gegen den Dieb wegen der Besitzentziehung zustehende Entschädigungsklage dem Kommodanten zu cedieren, der selbständig, kraft seines Eigentums an der Sache, gegen ersteren aus § 823 vorzugehen im stande ist.

2. Weiterhin fragt es sich, in welchem Umfang der Gläubiger vom Schuldner die Herausgabe des commodum verlangen kann. Die Antwort lautet: grundsätzlich unbeschränkt, denn im Gesetzbuch ist etwas Gegenteiliges nicht bestimmt. Der Gläubiger darf also die Herausgabe des commodum auch dann fordern, wenn dieses den Wert des ursprünglich geschuldeten Gegenstands weit übersteigt. Ferner kann er, wenn dem Schuldner aus der Unmöglichkeit der Leistung mehrere Ersatzforderungen erwachsen sind — z. B. eine gegen den Dieb, der das Fahrrad gestohlen hat und eine gegen die Diebstahls-Versicherungsgesellschaft — die Abtretung aller verlangen. Indessen können sich, obwohl das Gesetzbuch Einschränkungen nicht macht, im einzelnen Falle solche aus der Natur der Sache ergeben. Setzen wir den Fall, dass A im April 1901 einen Komplex ihm gehöriger Grundstücke an den B mit der Bestimmung verkauft, dass Übergabe und Auflassung im September desselben Jahres erfolgen sollen, wenn A die Ernte von den verkauften Feldern, die ihm verbleiben soll, hereingebracht hat. Im Mai werden dem A seine Grundstücke infolge eines sich notwendig machenden Eisenbahnbaus enteignet. Mit Rücksicht auf den Verlust, den der Eigentümer

[43] Vgl. Schollmeyer, Kommentar S. 113 unter 2e. Ist die Unmöglichkeit der Abtretung die Folge culposen Verhaltens des Schuldners (er hat z. B. dem Dritten die Schuld erlassen oder die Forderung durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht), so wird er dem Gläubiger nach den im folgenden Paragraphen zu erörternden Grundsätzen schadensersatzpflichtig.

durch die Vernichtung der Ernte erleidet, wird die Entschädigungssumme höher bemessen, als es sonst der Fall sein würde[44]. Wollte man hier auf Grund des § 281 dem Käufer einen Anspruch auf die volle Entschädigungssumme zuerkennen, so würde man ihm offenbar mehr zusprechen, als ihm nach Treu und Glauben gebührt. Denn die Ernte des Jahres sollte ihm nach dem Kaufvertrag gerade nicht zufallen. Folglich hat er auch kein Anrecht auf den Ersatz, der dem Schuldner für den Verlust der Ernte zu teil wird. Oder ein anderes Beispiel[45]: es verkauft jemand ein Teilgrundstück zu einem verhältnismäßig niedrigen Preis, weil dem Käufer in der lex contractus die Bedingung auferlegt wird, das Grundstück nur bis zu einer bestimmten Höhe zu bebauen, damit dem Restgrundstück des Verkäufers nicht Luft und Licht entzogen oder seinen umliegenden Äckern nicht die Drainage unterbunden wird. Wenn jetzt das verkaufte Teilgrundstück enteignet und dem Verkäufer mit Rücksicht darauf, dass der dort aufzuführende Bau den ihm verbleibenden Rest des Grundstücks nahezu wertlos macht, eine besonders hohe Entschädigungssumme zuerkannt wird, wäre es wiederum unbillig, dem Käufer gegen Zahlung des niedrig bemessenen Kaufpreises die Entschädigungsumme in ihrem vollen Umfang auszuliefern. Das Gleiche gilt, wenn bei der Enteignung dem Eigentümer des Grundstücks in der Entschädigungssumme Umzugskosten u. s. w. vergütet werden. Eine feste Formel, mit deren Hilfe sich das Prinzip des § 281 zu Gunsten von Fällen der eben gedachten Art einschränken ließe, wird schwer zu finden sein. Es ist hier Sache des Richters, mit feinem juristischen Takt unter Berufung auf § 242 des B. G. B. den Schuldner vor unbilligen Verlusten zu bewahren.

3. Eine letzte wichtige Frage, die sich bei der Auslegung des § 281 erhebt, betrifft den Umfang des Interesses, das der Gläubiger, wenn ihm der Schuldner seine Ersatzforderung abge-

[44] Vgl. z. B. den Art. 5 des Bayr. Enteignungsgesetzes, wonach die Entschädigungssumme enthalten soll: .... 5, den Wert der Früchte, deren Ernte durch die Enteignung verhindert wird.

[45] Beide Fälle sind dem Aufsatze Hartmanns über den juristischen casus (Jherings Jahrbücher Bd. 22) entnommen.

treten hat, von dem Dritten, gegen welchen sie sich richtet, einklagen darf. Wie ist hier die Höhe des Schadens zu berechnen: nach der Person des Gläubigers oder nach der Person des Schuldners? Richtigerweise hat man zu unterscheiden, ob die Schadensersatzpflicht des Dritten auf Kontrakt beruht oder ob sie außerkontraktlich ist. In ersterem Falle ist bei der Schadensberechnung aus Gründen, die im folgenden Paragraphen darzulegen sind, prinzipiell von der Person des Schuldners, des Vertragsgegners des Dritten auszugehen[46]. Handelt es sich hingegen um eine außerkontraktliche Schadenshaftung des Dritten, so muss sich die Höhe des Schadens im allgemeinen nach der Person des Gläubigers bemessen. Denn sonst könnte sich der Dritte unter Umständen seiner Ersatzpflicht gänzlich entschlagen, somit den § 281 für den Gläubiger völlig illusorisch machen. Er brauchte z. B. da, wo die von ihm zerstörte Sache dem Gläubiger schenkungsweise versprochen war, nur einzuwenden, dass der Schuldner einen Schaden überhaupt nicht erlitten habe, da er die zerstörte Sache so und so nicht behalten hätte, auf der andern Seite aber seinem Gläubiger gegenüber von jeder Verbindlichkeit frei sei. Und bei gegenseitigen Verträgen würde der Gläubiger von dem Dritten nicht mehr an Schaden ersetzt bekommen, als die von ihm zu prästierende Gegenleistung beträgt: denn nur in dem Verlust des Rechtes auf diese Gegenleistung würde regelmäßig der Schaden bestehen, den der Schuldner infolge der Unmöglichkeit der Leistung erlitten hat[47], während doch der Anspruch aus § 281 für den Gläubiger nur dann einen Wert hat, wenn er auf Grund desselben mehr bekommt, als er selbst zu leisten hat[48].

Freilich kann sowohl die ausschliessliche Berücksichtigung der Person des Schuldners in dem Fall der kontraktlichen, wie die ausschließliche Berücksichtigung der Person des Gläubigers in dem Fall der außerkontraktlichen Haftung des Dritten zu unbefriedigenden Resultaten führen: dort kann es vorkommen, dass der Gläubiger bei hohem Schaden so gut wie nichts er-

[46] Vgl. unten § 7, Text zu Anm. 27.

[47] Siehe § 323 B. G. B. und § 9 der Darstellung unter I.

[48] Vgl. auch Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 305 fg.

hält, hier kann bisweilen dadurch, dass an Stelle des Schuldners der Gläubiger als Forderungsberechtigter auftritt, die Schadenshaftung des Dritten zu unbilliger Höhe anschwellen. Dann bleibt nichts anderes übrig, als dass der Richter von dem, ihm durch § 287 der C. P. O. verliehenen, Rechte Gebrauch macht, in strittigen Fällen die Höhe des zu ersetzenden Interesses „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu bestimmen“[49].

b. Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit.

§ 7.

I. Inhalt und Umfang der Schadenshaftung. — II. Prozessuale Geltendmachung des Ersatzanspruchs.

I.

Beruht die totale Unmöglichkeit der Leistung auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand, so hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 280 des B. G. B.). Es handelt sich darum, Inhalt und Umfang der Schadenshaftung im Folgenden näher zu bestimmen.

Was ihren Inhalt angeht, so ergiebt sich aus den §§ 249 und 251, dass der Schuldner, wenn ihm die Naturalerfüllung unmöglich ist, den Gläubiger in Geld zu entschädigen hat[1].

Der Umfang der Schadenshaftung hängt von dem Umfang des Schadens ab, den der Gläubiger erlitten hat. Der Schaden des letzteren aber besteht in dem Unterschied zwischen derjenigen Vermögenslage, die sich für ihn bei rechtzeitiger

[49] Denn wenn der Richter in strittigen Fällen darüber befinden soll, wie hoch sich ein zu ersetzendes Interesse beläuft, so muss seiner freien Kognition auch die Frage unterstehen, aus wessen Person die Höhe des Interesses zu berechnen ist.

[1] Ist der Schaden des Gläubigers kein Vermögensschaden, dann kann er Entschädigung überhaupt nicht verlangen (B. G. B. § 253). So hat z. B. der Vermächtnisnehmer, dem der Testator Familienbriefe oder ähnliche, einen Geldwert nicht repräsentierende, Andenken hinterlässt, keinen Ersatzanspruch, wenn der Erbe durch Vernichtung dieser Objekte die Erfüllung des Legats vorsätzlich unmöglich macht.

Leistung des Schuldners ergeben hätte, und derjenigen, die sich für ihn zufolge der Unmöglichkeit der Leistung thatsächlich ergeben hat. Als Schaden kommt somit jeder Vermögensnachteil des Gläubigers in Betracht, der mit der Unmöglichkeit der Leistung im Kausalzusammenhang steht. Daraus folgt zweierlei:

Erstens: der Schuldner hat dem Gläubiger keinesfalls denjenigen Schaden zu ersetzen, den dieser auch bei rechtzeitiger Leistung erlitten hätte, denn hier würde es an solchem Kausalzusammenhang fehlen. Bei der Aufstellung der Behauptung aber, dass es an solchem Kausalzusammenhang fehle, muss man vorsichtig sein. A will beispielsweise am 1. Oktober 1901 ein neues Fabriketablissement eröffnen und schließt zu diesem Zwecke mit dem Baumeister X einen Werkvertrag ab, laut dessen sich letzterer zur Herstellung der Fabrikräume bis zu diesem Zeitpunkt verpflichtet, während A bei dem Fabrikanten Y die notwendigen Maschinen bestellt, die dieser ebenfalls bis zu besagtem Termin zu liefern verspricht. Beiden Schuldnern wird die pünktliche Erfüllung ihrer Verbindlichkeit durch einen von ihnen zu vertretenden Umstand unmöglich. Verlangt jetzt A Schadensersatz, so scheint es, als könne sich jeder der beiden Schuldner darauf berufen, dass er den Schaden des Gläubigers nicht verursacht habe[2]. Denn verklagt A den X, so entgegnet dieser: auch wenn ich rechtzeitig den Bau fertig gestellt hätte, so würdest du dein Etablissement nicht haben eröffnen können, weil Y die Maschinen nicht geliefert hat. Und belangt er den Y, so gebraucht dieser dieselbe Einrede aus der Person des X. Das Ergebnis wäre, dass A, obwohl er zwei säumige Schuldner hat, den Schaden, den er durch sie erlitten, von keinem von ihnen ersetzt bekommt. Dass dieses Resultat an einem Fehler leiden muss, liegt auf der Hand. In Wahrheit hat hier folgende Erwägung Platz zu greifen: allerdings ist es richtig, dass X, wenn er von A auf Schadensersatz belangt wird, excipieren kann, er habe den Schaden nicht verursacht. Dass aber X dem A einen solchen Einwand entgegenstellen und dieser darum den Scha-

[2] Vgl. Siehr, zur Lehre vom Kausalzusammenhang in Gruchots Beiträgen Bd. 41 S. 54 ff.

den von jenem nicht ersetzt verlangen kann, ist Schuld des Y, denn hätte dieser rechtzeitig geliefert, so könnte X besagten Einwand nicht erheben. Folglich ist Y verbunden, dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er von X keinen Schadensersatz fordern kann; m. a. W.: Y hat den A voll zu entschädigen. Und dieselbe Argumentation trifft natürlich bezüglich des X zu, wenn der Gläubiger zunächst gegen Y vorgeht und von diesem mit seiner Schädenforderung unter Hinweis auf den mangelnden Kausalzusammenhang abgewiesen wird. In Wirklichkeit dringt A also, wie es ja auch gar nicht anders sein kann, mit seiner Schadensersatzklage sowohl gegen X wie gegen Y durch[3].

Zweitens folgt aus dem eingangs Gesagten, dass der Schuldner dem Gläubiger grundsätzlich jeden Schaden zu ersetzen hat, den dieser ohne die Unmöglichkeit der Leistung nicht erlitten hätte[4]. Indessen bedarf dieses an sich richtige und auch vom Gesetzbuch angenommene Prinzip einer in der Natur der Sache liegenden Einschränkung[5]. Das wird sofort klar, wenn man sich zum Exempel den Fall vor Augen stellt, dass der Gläubiger, der infolge der Unmöglichkeit der Leistung gezwungen ist, sich die Sache, die er vom Schuldner nicht bekommen kann, von einem Anderen zu verschaffen, im Hause dieses Anderen die Treppe hinunterstürzt und ein Bein bricht. Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Beinbruch eine Folge der Unmöglichkeit der Leistung ist; denn wäre der Schuldner seiner Verbindlichkeit nachgekommen, so hätte der Gläubiger, so nehmen wir wenigstens an, das Haus des Dritten nicht betreten, wäre also auch dort nicht zu Schaden gekommen. Und doch wird hier kein Billigdenkender vom Schuldner verlangen, dass er die Kurkosten bezahle,

[3] Selbstverständlich übereinstimmend im Resultat, aber m. E. unzutreffend in der Begründung Siehr a. a. O.

[4] Einerlei, ob der Schuldner solchen Schaden voraussehen oder nicht voraussehen konnte.

[5] Bisweilen ist es auch zufolge positiver Gesetzesvorschrift eingeschränkt. Solche gesetzliche Beschränkung der Schadenshaftung findet sich in den §§ 430, 457, 611, 613 des H. G. B.; in den §§ 8—12 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871; ferner in den §§ 34 und 80 der Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 (R. G. Bl. S. 557 ff) u. ö.

die dem Gläubiger aus dem Beinbruch erwachsen[6]. Es macht sich also in Ansehung der Schadenshaftung des Schuldners eine Unterscheidung notwendig zwischen demjenigen Schaden, der, weil er mit der Unmöglichkeit der Leistung im Kausalzusammenhang steht, dem Gläubiger zu ersetzen ist, und solchem, der, obwohl er mit ihr im Kausalzusammenhang steht, nicht ersetzt zu werden braucht. Das Gesetzbuch hat, indem es schweigt, die hier erforderliche Abgrenzung der Wissenschaft überlassen. Indessen dürfte es auch für diese kaum möglich sein, ein Kriterium zu finden, welches den Richter in den Stand setzt, die Grenze der schuldnerischen Haftung in jedem einzelnen Falle mit Sicherheit zu ziehen. Dass die von früheren Gesetzbüchern[7] zu diesem Zwecke unternommene Einteilung des Schadens in „mittelbaren" und „unmittelbaren" praktisch nicht durchführbar und logisch nicht haltbar ist, wird heute fast allgemein anerkannt. Aber auch die neuerdings gemachten Versuche[8], diejenigen Fälle, in denen sich ein Schaden auf die Unmöglichkeit der Leistung als seine Ursache zurückführen lässt, von denjenigen zu sondern, wo jene zu dem Eintritt des Schadens nur im Verhältnis der „Bedingung" oder der „Veranlassung" steht, müssen als verunglückt bezeichnet werden. Denn wenn man sich vergegenwärtigt, dass kein Erfolg der Welt nur von einer einzigen Ursache abhängig ist, dass vielmehr zur Herbeiführung eines jeden Erfolgs eine ganze Anzahl Bedingungen notwendig sind, von denen auch nicht eine fehlen darf, falls der Erfolg nicht ausbleiben soll, so wird man ganz von selbst zu dem Schlusse gedrängt: alle Bedingungen, die in casu einen Erfolg herbeiführen, sind für diesen Erfolg gleichwertig; es lässt sich also von keiner unter ihnen sagen, dass sie die „eigentliche" Ursache sei, folglich auch von keiner unter ihnen behaupten, dass ihr „nur" der Charakter einer „Veranlassung" zukomme. Mit gutem Grunde wird deshalb von einem namhaften Philosophen der Gegenwart der

[6] Vgl. indessen v. Liszt in seinen Deliktsobligationen S. 70 fg.
[7] Siehe die §§ 2, 3 A. L. R. I, 6 und Art. 1151 des Code civil.
[8] Vgl. Matthiaß I S. 315; Dernburg a. a. O. S. 66.

Begriff der „Ursache κατ' ἐξοχήν" als wissenschaftlich unhaltbar verworfen[9].

Nach richtiger Ansicht lässt sich die Frage, für welche Folgen seines Nicht-Leistenkönnens der Schuldner einzustehen hat, und für welche nicht, nur von Fall zu Fall unter billiger Berücksichtigung der jeweiligen Verhältnisse beantworten. Es ist darum von hoher Bedeutung, dass der § 287 der C. P. O. den Richter in Ansehung dieser Frage ausdrücklich zur freien Beurteilung der Bedürfnisse des individuellen Falles ermächtigt hat. Der Paragraph, soweit er hier in Betracht kommt, lautet: „Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung." In der Prozessrechtswissenschaft wird auf Grund der hier gesperrt gedruckten Worte zu den Fragen, deren Beantwortung dem richterlichen arbitrium überlassen ist, allgemein „auch die Feststellung des Kausalnexus" gezählt[10], worunter gemeint ist, die Feststellung des Umfangs, in welchem der Schuldner für die Kausalität seines Handelns zur Verantwortung gezogen werden soll[11].

Aber wenn die Wissenschaft auch nicht im stande ist, eine feste Grenze aufzurichten zwischen der vom Schuldner

[9] v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit, Leipzig 1888, S. 28—34 (Separ.-Abdr. aus dem 12. Bande der Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie). — Ebensowenig wie zwischen „Ursache" und „Veranlassung" lässt sich ein begrifflicher Unterschied zwischen „Erfolg" und „Wirkung" konstruieren, wie das Endemann I § 129 S. 572/73 thut.

[10] Vgl. von den Kommentaren zur alten C. P. O.: Wilmowski-Levy I (6. Aufl.) S. 435; Gaupp-Stein I (3. Aufl.) S. 574; Seuffert (7. Aufl.) S. 368 unter 2 b; von den Kommentaren zur neuen C. P. O.: Petersen-Anger I (4. Aufl.) S. 603 unter 3; Reincke (4. Aufl.) S. 295 unter 1 a. E.

[11] Die Frage, ob zwischen dem Verhalten des Schuldners und dem Schaden des Gläubigers ein Kausalzusammenhang besteht, und die andere, ob bei vorhandenem Kausalzusammenhang der in dessen Verfolg entstandene Schaden dem Schuldner voll zugerechnet werden soll, werden in der Litteratur vielfach miteinander verwechselt, indem sehr häufig, aber unrichtigerweise da, wo, wie in dem oben gebrauchten Beispiele, die Kausalität durch außergewöhnliche Zufälle vermittelt und darum vom Schuldner nicht zu tragen ist, von einem „fehlenden Kausalzusammenhang" gesprochen wird.

zu vertretenden und der von ihm nicht zu vertretenden Kausalität, so kann sie doch dem Richter die Erfüllung der ihm durch § 287 der C. P. O. auferlegten Pflicht insofern erleichtern, als sie ihm durch einen Fingerzeig die Richtung anzudeuten vermag, in der er sich bewegen muss, um im einzelnen Falle auf die gerechte Entscheidung zu kommen. Diesem Zwecke lässt sich die Unterscheidung von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang dienstbar machen, die durch v. Kries, den vorhin erwähnten Philosophen, in die Strafrechtswissenschaft eingeführt worden ist[12] und die Hass im 37. Bande der Jhering'schen Jahrbücher, wenn auch nicht ohne Fehler im einzelnen, so doch in der Hauptsache in dankenswerter Weise für das Civilrecht zu verwerten versucht hat. v. Kries ist bei der Aufstellung dieser Unterscheidung von den Prinzipien der Wahrscheinlichkeitslehre ausgegangen und hat mittelst rechnerischer Methode den Nachweis zu führen versucht, dass ähnlich, wie man beim Würfel die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Wurfes ziffermäßig ausdrücken kann, sich auch auf anderen Gebieten von irgend welchen, enger oder weiter bezeichneten Bedingungen sagen lässt, dass sie eine gewisse Möglichkeit für einen bestimmten Erfolg darstellen, so dass dieser Möglichkeit, zufolge der Regelmäßigkeit, mit der gewisse Erscheinungen des täglichen Lebens und gewisse Vorgänge in der menschlichen Gesellschaft wiederzukehren pflegen, ein bisweilen zahlenmäßig angebbarer Wert zugeschrieben werden kann. Der höhere oder geringere Grad von Möglichkeit, der gewissen Bedingungen bezüglich gewisser Erfolge innewohnt, wird sich dadurch kund geben, dass die betreffenden Bedingungen den bestimmten Erfolg zwar nicht allemal, aber doch regelmäßig in einer kleineren oder größeren Zahl von Fällen herbeiführen. Man kann darum von einer gewissen Situation behaupten, dass sie „allgemein geeignet" sei, oder gar, dass sie die „Tendenz" habe, einen gewissen Erfolg herbeizuführen. Führt sie nun im konkreten Fall wirklich zu einem solchen Erfolg, so wird man von letzterem sagen, dass er mit

[12] Vgl. außer der in Anm. 9 citierten v. Kries'schen Abhandlung die Ausführungen desselben Schriftstellers in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 9 S. 528 ff.

ihr in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehe; tritt hingegen in casu der gedachte Erfolg nicht ein, vielmehr an seiner Stelle ein anderer, der nach den Erfahrungen des Lebens als Wirkung der ins Auge gefassten Bedingungen nur selten, also immer nur zufolge einer singulären Verkettung besonderer Umstände einzutreten pflegt, so werden wir von einem inadäquaten Kausalzusammenhang sprechen[13]. Wo also festgestellt ist, dass die Unmöglichkeit der Leistung für einen Schaden, den der Gläubiger erlitten hat, kausal geworden ist, hat man zu unterscheiden, ob der Zusammenhang zwischen Unmöglichkeit und Schaden ein zu verallgemeinernder oder nur eine Eigentümlichkeit des vorliegenden Falles ist. Jenachdem sich der Richter für das Eine oder für das Andere entscheidet, wird er den Schuldner oder den Gläubiger mit der Tragung des Schadens belasten[14].

Dass die Beschränkung der Haftung des Schuldners auf den in adäquater Folge seines Verhaltens entstandenen Schaden auch dem B. G. B. zu Grunde liegt[15], geht aus zwei Stellen

[13] Siehe v. Kries, Objektive Möglichkeit S. 25—28.

[14] Der Vergleichung, die der Richter hier anzustellen hat, ist immer diejenige Sachlage zu Grunde zu legen, in die der Gläubiger mit dem Moment des Eintritts der Unmöglichkeit der Erfüllung versetzt wird: ob der Schaden, den der Gläubiger im Laufe der Zeit infolge des Ausbleibens der schuldnerischen Leistung erleidet, mit dieser Situation in adäquatem oder inadäquatem Kausalzusammenhang steht, das ist die Frage. Freilich werden bei ihrer Beantwortung die Ansichten nicht selten auseinandergehen. Vgl. darüber v. Kries selbst a. a. O. S. 40—46. Aber es ist, wie schon betont wurde, gar nicht der Zweck der Unterscheidung von adäquater und inadäquater Folge, dem Richter das fertige Urteil an die Hand zu geben, sondern es handelt sich nur darum, ihn beim Suchen der billigen Entscheidung durch Aufstellung eines Wegweisers zu unterstützen. — Rümelin, Der Zufall im Recht (Freiburg 1896) S. 48 will dem Richter helfen mit der Theorie „der Vorhersehbarkeit vom Standpunkt der nachträglichen Prognose". In der Sache selbst kommt er dabei den Gedankengängen, von denen die Ausführungen im Text geleitet wurden, sehr nahe. Aber die Formulierung des Unterscheidungsmerkmals scheint mir nicht sehr glücklich zu sein. — Vgl. zu den bisherigen und den noch folgenden Ausführungen den kürzlich erschienenen, mir erst während des Druckes zugänglich gewordenen, Aufsatz desselben Schriftstellers über „Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Civilrecht": Archiv f. civil. Praxis Bd. 90 S. 171 ff.

[15] Anders allerdings v. Liszt, Deliktsobligationen S. 71, der den Begriff der adäquaten Verursachung für „durchaus verunglückt" hält und „sich freut, im B. G. B. keinerlei Hinneigung zu ihm zu entdecken". Vgl. jedoch

des Gesetzbuchs hervor, wo das Prinzip deutlich zum Durchbruch gekommen ist[16].

Einmal aus § 252, der bestimmt, dass der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfasst, und dass als entgangen derjenige Gewinn zu gelten hat, „welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.“ Erblickt man in diesem Paragraphen nur eine besondere Anwendung des allgemeinen Prinzips, dass der Schuldner nicht zu haften hat für die inadäquaten Folgen der Unmöglichkeit der Leistung, so ergiebt sich von selbst, dass die in § 252 vorgeschriebene Art der Schadensberechnung nicht nur dann anzustellen ist, wenn sich im einzelnen Falle die wirkliche Höhe des entgangenen Gewinnes mit Sicherheit nicht ermitteln lässt, sondern auch dann, wenn der Gläubiger im stande sein sollte, ziffermäßig nachzuweisen, dass ihm infolge einer singulären Verkettung von Umständen ein enorm hoher Gewinn entgangen ist. Auch in diesem Falle kann er nicht Ersatz des wirklich entgangenen, sondern nur desjenigen Gewinnes beanspruchen, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten stand[17].

neuerdings Zitelmann, Das Recht des B. G. B. Allgem. Teil S. 154 fg. unter 2a.

[16] Wenn E. II in § 215 bestimmte: „Die Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit erstreckt sich nicht auf den Schaden, dessen Entstehung nach den Umständen, welche der Schulder kannte oder kennen musste, außerhalb des Bereichs der Wahrscheinlichkeit lag“, so war hier die Haftung des Schuldners zwiefach beschränkt, indem er überhaupt nur für den adäquaten Kausalzusammenhang, aber auch für diesen bloß insoweit haften sollte, als er ihn voraussehen konnte. Beides ist natürlich nicht dasselbe. Denn da sich die Frage, ob der Kausalzusammenhang adäquat oder inadäquat ist, nach den Verhältnissen des Gläubigers beantwortet (vgl. Anm. 14), so braucht der mit der Unmöglichkeit der Leistung in adäquatem Kausalzusammenhang stehende Schaden für den Schuldner durchaus nicht immer vorhersehbar zu sein. Dem B. G. B., in das der § 215 des E. II keine Aufnahme gefunden hat, ist die Vorhersehbarkeit des Schadens als Voraussetzung der schuldnerischen Ersatzpflicht glücklicherweise fremd. Siehe oben Anm. 4.

[17] Ich halte also die von Planck II S. 22 fg. an zweiter Stelle angeführte Auffassung des § 252 für die richtige. Anderer Meinung: Scholl-

Ferner findet sich das gedachte Prinzip im § 254 ausgesprochen, der wörtlich lautet:

„Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung."

In dieser nicht gerade sehr glücklichen Fassung begreift der § 254 dreifach Verschiedenes in sich:

Einmal umfasst er diejenigen Fälle, wo die Unmöglichkeit der Leistung vom Gläubiger selbst schuldhafterweise mit herbeigeführt wird, so dass sie vom Gläubiger und vom

meyer, Kommentar S. 37; Dernburg a. a. O. S. 71 fg; Mayring, Kommentar, S. 15 unter 2 b und c; Enneccerus a. a. O. S. 369 fg. Die Polemik des letzteren Schriftstellers erledigt sich wohl durch das in Anm. 16 Gesagte. — Dass der Gläubiger, wenn der wirklich entgangene Gewinn hinter dem mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden zurückbleibt, trotz des „gilt" in § 252 nur das positiv entgangene lucrum und nicht mehr ersetzt verlangen kann, ist selbstverständlich. Denn mehr Schaden, als er verursacht hat, braucht kein Schuldner seinem Gläubiger zu ersetzen. — Falsch wäre es, wollte man aus dem § 252 mittelst argumentum e contrario herauslesen, dass der Schuldner im Falle des damnum emergens für jeden, auch für den durch inadäquate Folgen entstandenen Schaden zu haften habe. Dies meinen offenbar Planck a. a. O. S. 24 unter 4; Cosack I S. 317 Anm. 9 und v. Liszt a. a. O. S. 71. Eine dem § 252 entsprechende Einschränkung fehlt bezüglich des damnum emergens im Gesetzbuch nur deshalb, weil das B. G. B. bei der Frage nach dem Gegenstand der Schadenshaftung sich bloß mit dem lucrum cessans, nicht auch mit dem damnum emergens besonders beschäftigt hat, somit keine Gelegenheit gehabt hat, auch in Ansehung des letzteren eine Beschränkung, wie sie der Satz 2 des § 252 enthält, aufzustellen. Am allerwenigsten lässt sich bei den vielen Widersprüchen, die in den einzelnen Stadien der Beratung des Paragraphen zu Tage getreten sind, ein solches argumentum e contrario aus der Entstehungsgeschichte des § 252 ableiten.

Schuldner zu vertreten ist. Hier kann der Richter die an sich nach § 280 begründete Schadenshaftung des Schuldners mit Rücksicht auf die konkurrierende culpa des Gläubigers je nach den Umständen ausschließen oder beschränken[18]. Diese Begrenzung der schuldnerischen Schadensersatzpflicht hat mit dem Prinzip der Nichthaftung für den inadäquaten Kausalzusammenhang selbstverständlich nichts zu thun. Vielmehr findet sie ihre Erklärung in der Annahme einer Kulpakompensation, die zwar mehr ein juristisches Bild als ein juristischer Begriff ist, aber doch ein Bild, das den hier zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken nicht übel zum Ausdruck bringt[19].

Zweitens behandelt der § 254 Fälle, wo der Schuldner den vollen aus der Unmöglichkeit der Leistung dem Gläubiger erwachsenen Schaden deshalb nicht zu ersetzen braucht, weil der Gläubiger schuldhafterweise unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die dieser weder kannte noch kennen musste. Auch hier lässt sich die Beschränkung der Haftpflicht nicht daraus erklären, dass der Schuldner prinzipiell nur für den im adäquaten Verlauf entstandenen Schaden verantwortlich ist. Denn unter Umständen kann auch ein „ungewöhnlich hoher“ Schaden die adäquate Folge der Unmöglichkeit der

[18] Das Gesetzbuch stellt alles darauf ab, „inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.“ Dieser Bestimmung nachzukommen ist für den Richter unmöglich. Denn, wie schon oben S. 129 bemerkt wurde, sind die verschiedenen Ursachen, die zu einem bestimmten Erfolg führen, unter einander völlig gleichwertig. Der Maßstab, nach dem der Richter hier den Schaden zu verteilen hat, kann einzig und allein der culpa des Gläubigers entnommen werden. Je nach dem Grade der Verschuldung, die ihn trifft, muss er den erlittenen Schaden ganz oder braucht er ihn nur zum Teil zu tragen. Auch in einer Vergleichung der culpa des Gläubigers mit derjenigen des Schuldners (so der E. I in § 222 Satz 2) kann das für den Richter ausschlaggebende Moment nicht erblickt werden, denn solche Vergleichung wäre ausgeschlossen in denjenigen Fällen, wo der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung auch ohne Verschulden zu vertreten hat.

[19] Eben, weil sie nur ein Bild ist, macht es auch nichts aus, dass man in den am Schlusse der vorigen Anmerkung gedachten Fällen von einer Kulpa-„Kompensation“ streng genommen nicht reden kann.

Leistung sein[20]. Vielmehr findet die hier fragliche Bestimmung des § 254 ihre Rechtfertigung darin, dass viele Menschen von vornherein die Übernahme einer Verbindlichkeit abzulehnen pflegen, wenn sie für den Fall ihrer Nichterfüllung Schädenforderungen von außergewöhnlicher Höhe zu gewärtigen haben, weshalb Treu und Glauben im Verkehr verlangen, dass der Gläubiger, dem aus der Nichtleistung ein überaus hoher Schaden erwächst, den Schuldner gleich zu Anbeginn auf die Gefahren, die er läuft, hinweist[21].

Drittens aber umschließt der § 254 auch die Fälle, wo der Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistung selbst nicht mit herbeigeführt hat, diese vielmehr vom Schuldner allein zu vertreten ist, wo aber der Gläubiger den Schaden, den sie angerichtet, schuldhafterweise selbst vergrößert hat, sei es nun, dass er ihn durch positive Thätigkeit erweitert, sei es, dass er unterlassen hat, ihn durch geeignete Vorkehrungen auf das Mindestmaß zu beschränken. Da nun die Menschen in der Regel ihre Rechtssphäre vor Schaden zu bewahren und da, wo sie einen solchen erlitten haben, ihn wenigstens in möglichst engen Grenzen zu halten suchen, so muss man sagen, dass, wenn der Gläubiger selbst vorsätzlich oder fahrlässig zur Vergrößerung des eingetretenen Schadens beiträgt, dieses plus an Schaden, was dadurch entsteht, mit der Unmöglichkeit der Leistung nicht mehr als im adäquaten Kausalzusammenhang stehend angesehen und aus diesem Grunde dem Schuldner nicht zugerechnet werden kann. Insoweit also, als sich der § 254 auf die hier an dritter Stelle gedachten Fälle bezieht, ist er thatsächlich ein Ausfluss des Prinzips der Nichthaftung des Schuldners für die inadäquate Folge seines Handelns[22]. Diese Erkenntnis

[20] Denn das „Ungewöhnlich hoch" bedeutet hier soviel wie „enorm hoch", verlangt also nicht, dass sich die Höhe des Schadens als die Folge einer regelwidrigen Verkettung singulärer Zufälle darstellt.

[21] Vgl. auch die §§ 429 Abs. 2, 456 Abs. 2 und 607 des H. G. B. und Binnenschiffahrtsgesetz § 58 Abs. 3.

[22] In der Litteratur wird hier fast durchgängig von einer „Unterbrechung" des „Kausalzusammenhangs" gesprochen. Indessen liegt dieser Betrachtungsweise eine falsche Vorstellung vom Wesen des letzteren zu Grunde. Ein Kausalzusammenhang kann seiner Natur nach nur entweder da sein oder fehlen: ein „unterbrochener Kausalzusammenhang" ist eine contradictio in adjecto. Dass aber in den obengedachten Fällen der Kausal-

ermöglicht uns die Schlichtung einer bei der Interpretation dieses Paragraphen aufgetauchten Kontroverse. Es fragt sich nämlich, ob die Anwendung des § 254 ein „Verschulden“ des Beschädigten im technischen Sinne voraussetze, ob also die Haftung des Schuldners nur dann entsprechend einzuschränken sei, wenn der Gläubiger den durch die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführten Schaden vorsätzlich oder fahrlässig vergrößert hat, oder ob der § 254 nicht auch dann Platz greife, wenn der Gläubiger den Überschaden zwar nicht verschuldet, aber doch verursacht hat[23]. Hier ist zu sagen, dass sich auf den § 254 selbst eine Herabsetzung der Schadensersatzpflicht des Schuldners nur dann gründen lässt, wenn der Gläubiger vorsätzlich oder fahrlässig, also schuldhafterweise sich an der Ausdehnung des Schadens beteiligt hat. Das ergiebt sich aus dem Wortlaut des Paragraphen, der ausdrücklich ein „Verschulden“ des Beschädigten verlangt, was im Sinne des B. G. B. niemals identisch mit bloßer Verursachung ist[24]. Weil aber ganz allgemein, auch über den § 254 hinaus, das Prinzip gilt, dass der Schuldner nur zu haften hat für den durch adäquaten Kausalzusammenhang entstandenen Schaden,

zusammenhang zwischen dem Schaden des Gläubigers und der Unmöglichkeit der Leistung fehle, lässt sich nie und nimmer sagen. Denn daraus, dass der Gläubiger zu seiner Entstehung mit beigetragen hat, folgt noch nicht, dass der Schuldner dazu nichts beigetragen hat. Vielmehr haben sie ihn beide verursacht. Nur hat die zwischen dem Schaden des Gläubigers und dem Ausbleiben der schuldnerischen Leistung bestehende Kausalität durch das schuldhafte Eingreifen des Gläubigers den Charakter des Regelwidrigen bekommen. Vgl. auch oben Anm. 11. — Richtig Hass a. a. O. S. 420.

[23] Vgl. einerseits Endemann I S. 595 und andrerseits v. Liszt a. a. O. S. 82 Anm. 13, Schollmeyer, Kommentar S. 42 unter 3, Linckelmann, die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (Berlin 1898) S. 59.

[24] Doch mag darauf aufmerksam gemacht sein, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt für den Gläubiger nicht dieselbe ist, wie für den Schuldner. Vielmehr muss dieser mit strengerem Maße gemessen werden, als jener, und es kommen darum Handlungen oder Unterlassungen, die auf Seiten des Schuldners eine culpa involvieren würden, auf Seiten des Gläubigers unter Umständen nur als Verursachungen in Betracht. — Auf die Kontroverse, ob es überhaupt statthaft ist, von einer Ursächlichkeit der Unterlassung zu sprechen, kann hier nicht weiter eingegangen werden. Vgl. neuerdings Zitelmann a. a. O. S. 161 fg. unter 2, der die Frage zwar bejaht, aber in einer m. E. allzu vorsichtigen Fassung.

und weil auch dort, wo der Gläubiger ohne Verschulden Bedingungen zur Vergrößerung des letzteren gesetzt hat, das Eingreifen des Gläubigers dem Schaden den Charakter des Regelwidrigen verleihen kann, so vermag der Richter unter Umständen auch bei bloßer Verursachung des Überschadens durch den Beschädigten die Haftung des Schuldners nach § 287 der C. P. O. zu mindern[25].

Im gemeinen Rechte war es bestritten, ob die Beschränkung der schuldnerischen Haftung, wie sie der § 254 vorsieht, auch dann eingreife, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung vorsätzlich bezw. arglistig herbeigeführt hat. Da die civilrechtliche Schadensersatzpflicht keinen pönalen Charakter trägt, sondern nur die Reparation des vom Ersatzpflichtigen in adäquater Folge seines Handelns verursachten Schadens bezweckt, so ist nicht einzusehen, warum bei der dolosen Schädigung etwas Anderes gelten soll, als bei der bloß fahrlässigen[26]. Nur soviel dürfte zu sagen sein, dass im Falle einer arglistig vom Schuldner herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung der Verkehr, in Ansehung der zwecks Abwendung des Schadens zu treffenden Vorkehrungsmaßregeln, keine sehr große Sorgfalt vom Gläubiger verlangt. —

Bisweilen wird die Unmöglichkeit der Leistung nicht nur den Gläubiger, sondern auch dritte Personen schädigen. Hat dann der Gläubiger diesen Dritten ihr Interesse zu ersetzen, so kann er sich deren Schaden, als auch ihm erwachsen, von seinem Schuldner vergüten lassen. Ist er hingegen den Dritten zum Ersatz des Schadens nicht verpflichtet, so hat er prin-

[25] Demnach ist der Vorwurf nicht begründet, den Cosack I S. 318 unter β dem § 254 macht, wenn er sagt: „Dass ein Verschulden des Geschädigten unerlässlich, ist ein Rückfall in römische Vorstellungen und passt namentlich für solche Fälle nicht, wo auf Seiten des Ersatzpflichtigen ein Verschulden nicht gefordert wird. Denn es ist ungerecht, den Anstifter des Schadens mit deutschem, den Geschädigten mit römischem Maße zu messen“. — Den Ausführungen im Text läst sich auch eine Antwort auf die Frage entnehmen, wieweit der Schuldner zu haften hat, wenn ein nach den §§ 276, 827, 828 culpa-unfähiger Gläubiger den durch die Unmöglichkeit der Leistung entstandenen Schaden vergrößert.

[26] So treffend schon für das gemeine Recht Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse nach röm. Recht (Leipzig 1865) S. 149 gegen Mommsen, Beiträge II S. 257. Vgl. auch Motive II S. 24.

zipiell kein Recht, wenn er vom Schuldner wegen Verletzung der Kontraktspflichten Schadensersatz verlangt, bei der Berechnung des Schadens das Interesse Anderer geltend zu machen. Denn nur zu dem Gläubiger, nicht zu dritten Personen ist der Schuldner durch den Vertragsabschluss in rechtliche Beziehungen getreten. Daran ändert sich nichts, wenn der Gläubiger die ihm auf Grund des § 280 erwachsene Schädenforderung an den geschädigten Dritten abtritt. Dann kann dieser als Cessionar in der Regel nur den Schaden einklagen, den der Cedent, nicht auch solchen, den lediglich er erlitten hat[27]. An diesen Grundsätzen kann aber im Interesse der Verkehrssicherheit nicht ausnahmslos festgehalten werden. Doch dürfte es unmöglich sein, die Voraussetzungen für die hier zuzulassenden Ausnahmen unter eine feste Formel zu bringen[28]. Man muss es in der Hauptsache dem Richter auf

[27] Anders lautete die am Schlusse des vorigen Paragraphen gegebene Entscheidung, insoweit sie die Frage betraf, ob der Gläubiger, dem der Schuldner auf Grund des § 281 die ihm gegen Dritte zustehenden außerkontraktlichen Ersatzansprüche abgetreten hat, bei der Schadensberechnung sein, des Gläubigers, Interesse zu Grunde legen darf. Diese Frage war prinzipiell zu bejahen. Denn da die Schadensersatzpflicht desjenigen, der ex delicto oder quasi ex delicto haftet, nicht auf seinem Willen beruht, sondern gegen seinen Willen, jedenfalls ohne Rücksicht auf seinen Willen eintritt, so kann derselbe sich nicht darauf berufen, dass er nur zu einer bestimmten Person, nicht auch zu Dritten habe in Rechtsbeziehungen treten wollen.

[28] Zu weitgehend ist es jedenfalls, wenn Windscheid II § 258 Ziffer 3 sagt: „Hat sich der Gläubiger im Interesse eines Anderen zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interesseforderung der von diesem Andern erlittene Nachteil“. Andrerseits dürfte es zu eng sein, wenn Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 300 die Berücksichtigung des fremden Interesses nur da zulassen will, wo der Schuldner beim Abschluss des Vertrags „genügende Kenntnis davon haben muss, dass noch ein Dritter am Geschäft beteiligt ist, in dessen Interesse der Handel vorzugsweise abgeschlossen wurde“. Man denke z. B. an den Fall, dass der Mieter bei Ablauf der Vertragszeit die Räumung der Wohnung schuldhafterweise verzögert und dass dadurch einem Dritten, der die Wohnung beziehen will, ein Schaden entsteht. Hier dürfte es sicher angemessen sein, dass man dem Vermieter gestattet, auch wenn er dem Dritten nicht ersatzpflichtig ist, doch dem Mieter gegenüber den fremden Schaden zu Gunsten des Dritten in Anrechnung zu bringen. Auf Grund der Crome'schen Formulierung würde das nicht möglich sein. — Ein zweifelloser Fall, wo der Gläubiger das Interesse Dritter muss geltend machen dürfen, ist das handelsrechtliche Kommissionsgeschäft. Wird hier dem Vertragsgegner-

Grund des § 287 der C. P. O. überlassen, im einzelnen Falle ex aequo ac bono zu entscheiden, ob ein Bedürfnis dafür vorliegt, dass der Gläubiger bei der Berechnung des Schadens auch das Interesse dritter Personen liquidiere[29]. —

Mitunter wird die Unmöglichkeit der Leistung dem Gläubiger nicht bloß Schaden, sondern auch Vorteile bringen. Er erspart z. B. durch den Untergang des Leistungsgegenstands die Kosten für dessen Aufbewahrung und Erhaltung. Das B.G.B. enthält keine Bestimmungen darüber, ob und inwieweit ein solches lucrum mit dem entstandenen damnum zu kompensieren ist. Da es sich auch hier um eine Frage der Schadensberechnung handelt, untersteht wiederum ihre Beantwortung in letzter Linie dem freien Ermessen des Richters[30]. Im allgemeinen hat dieser auch auf dem Boden des B. G. B. an dem von Windscheid für das Pandektenrecht aufgestellten Satze fest zu halten, dass, wenn „eine Thatsache nicht bloß Nachteil, sondern auch Vorteil hervorgebracht, wirklicher Nachteil nur das ist, was nach Abzug des Vorteils übrig bleibt.“ Nur wird man auch hier eine adäquate Kausalität zwischen dem lucrum und der Unmöglichkeit der Leistung zu fordern haben[31]. Wenn z. B. der Käufer, der durch eine vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung geschädigt worden ist, einen Dritten aufsucht, um von ihm die Sache zu kaufen, die er von seinem Schuldner nicht bekommen kann, und er bei dieser Gelegenheit in der Droschke, die er

des Kommissionärs die Leistung unmöglich, so ist es bei der wirtschaftlichen Natur des Geschäfts gar nicht anders denkbar, als dass der Kommissionär die Höhe der Schädenforderung aus der Person des Kommittenten berechnet. — Vgl. zu der ganzen, hier nur kurz berührten, Frage die interessanten Ausführungen v. Tuhr's über „Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen“ in Grünhuts Zeitschrift Bd. 25 S. 529—584.

[29] Vgl. oben § 6 Anm. 49.

[30] Dies gilt auch bezüglich der wichtigen Frage, ob sich der Schuldner bei der Schadensberechnung einer Einrede aus dem Rechte eines Dritten bedienen darf. Vgl. dazu Stammler a. a. O. S. 228.

[31] Zu eng dürfte es aber sein, wenn das Reichsgericht in Bd. 10 der Entsch. S. 50 anlässlich eines Falles außerkontraktlicher Schadenshaftung in unrichtiger Begründung einer an sich richtigen Entscheidung zwischen lucrum und damnum einen „rechtlichen Zusammenhang“ verlangt.

benutzt, eine mit Banknoten gefüllte Brieftasche findet, so braucht er sich auf seinen Schaden nicht den Finderlohn anrechnen zu lassen, der ihm auf Grund des § 971 des B. G. B. zufällt. —

Neben der Schädenforderung des § 280 können dem Gläubiger aus der Unmöglichkeit der Leistung auch noch andere Ansprüche gegen den Schuldner erwachsen. Es fragt sich dann, ob. und inwieweit sich diese gegenseitig beeinflussen. Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Dem Gläubiger steht neben der Kontraktsklage auch ein außerkontraktlicher Anspruch auf Schadensersatz zu. So z. B. dem Kommodanten die actio commodati und die Klage aus § 823 wegen Verletzung seines Eigentums. Diese beiden Ansprüche entstehen und bestehen unabhängig voneinander[32]. Natürlich ist das nicht so aufzufassen, als könne der Gläubiger den erlittenen Schaden zweimal ersetzt verlangen: die eine Forderung wird gegenstandslos, sobald der Gläubiger auf Grund der anderen befriedigt worden ist. Die Selbständigkeit der beiden Ansprüche zeigt sich vielmehr in Ansehung der Verjährung, die für die Kontraktsklage in der Regel dreißig Jahre, für den Deliktsanspruch nur drei Jahre beträgt; sodann in Ansehung des § 829, der sich nur auf die außerkontraktliche, nicht auch auf die kontraktliche Schadensersatzpflicht bezieht (arg. § 276 Abs. 1 Satz 3); und endlich in Ansehung der Gerichtsstände, die für beide Klagen verschiedene sein können[33].

b) In denjenigen Fällen, wo der Schuldner für den geschuldeten Gegenstand ein stellvertretendes commodum er-

[32] Richtig v. Liszt a. a. O. S. 12 und 20; unrichtig Endemann I § 200 Anm. 4.

[33] Vgl. C. P. O. §§ 12 ff. Hervorgehoben mag noch sein, dass der Übergang von der Kontraktsklage zur Deliktsklage keine Klageänderung bedeutet, weil die spezifisch rechtserzeugenden Thatsachen, die den kontraktlichen Schädenanspruch begründen, zugleich die den Deliktsanspruch erzeugenden in sich enthalten. Hingegen stellt, weil dies umgekehrt nicht der Fall ist, der Übergang von der Deliktsklage zur Kontraktsklage allerdings eine Klageänderung dar. — Die Ansicht Dernburgs (Pand. II § 131 Anm. 22 und Schuldverhältnisse S. 139), dass der Schuldner, der ex contractu nur für mindere Sorgfalt einzustehen hat, ex delicto auch für levis culpa verantwortlich gemacht werden könne, ist nicht richtig; siehe vielmehr v. Liszt a. a. O. S. 13 fg.

langt[34], hat der Gläubiger neben seinem Anspruch auf Schadensersatz auch das Recht, die Herausgabe des commodum vom Schuldner zu verlangen[35]. Nur muss er, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, sich auf die ihm zu leistende Entschädigung den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs anrechnen lassen (§ 281 Abs. 2)[36]. Das Verhältnis der beiden Ansprüche zu einander gestaltet sich hiernach folgendermaßen:

Der Gläubiger hat unter allen Umständen Anspruch auf vollen Schadensersatz. Hat er sich zunächst das commodum herausgeben lassen, und ist sein Schaden dadurch nicht gedeckt, so kann er den Schuldner auf die übrig bleibende Differenz belangen. Deckt das commodum gerade den Schaden, oder reicht es über denselben noch hinaus, so hat der Gläubiger nichts weiter zu fordern. Da es sich bei dem Recht des Gläubigers, zwischen Schadensersatz und Herausgabe des stellvertretenden commodum zu wählen, nicht um eine alternative Obligation im Sinne der §§ 262 ff., sondern nur um eine facultas alternativa handelt[37], so erlischt das Wahlrecht des Gläubigers nicht schon damit, dass er dem Schuldner gegenüber, sei es gerichtlich, sei es außergerichtlich, erklärt, er entscheide sich für diesen bezw. für jenen Anspruch. Selbst wenn er bezüglich des einen Anspruchs ein rechtskräftiges Urteil erstritten haben sollte, wäre er noch berechtigt, denselben fallen zu lassen und an seiner Stelle den anderen zu wählen[38]. Das Wahlrecht erlischt vielmehr erst mit der Rea-

[34] Vgl. oben § 6 III.

[35] Das B. G. B. steht also nicht auf dem von Mommsen, Erörterungen a. d. Obligationenrecht 1. Heft S. 87—97 für das gemeine Recht vertretenen Standpunkt, dass der Gläubiger den Anspruch auf das commodum nur dann habe, wenn er die Gefahr der Unmöglichkeit der Leistung trage. Wie Mommsen neuerdings auch Podewils, Der Anspruch des Gläubigers auf die Vorteile, die der Schuldner aus der geschuldeten Sache gezogen hat oder hätte ziehen können (Berlin 1900) S. 22.

[36] Alsdann ist es erforderlich, den Wert des stellvertretenden commodum zu berechnen. Dieser ist im Wege freier Schätzung zu ermitteln. Vgl. darüber die richtigen Ausführungen von Planck II S. 56 unter 3, die hier zu wiederholen überflüssig ist.

[37] Vgl. über die letztere unten § 10 der Darstellung Anm. 1.

[38] Im Prozess würde der Übergang von dem einen Anspruch zum anderen keine Klageänderung bedeuten. Vgl. C. P. O. § 268 Ziffer 3.

lisierung eines der beiden Ansprüche. Der Gläubiger ist also an seine Wahl gebunden, wenn er das commodum in Kenntnis seines Wahlrechts angenommen hat[39]. Er kann dann zwar nach dem vorhin Gesagten immer noch die Differenz zwischen commodum und Schaden einklagen. Nicht aber kann er, wenn ihn seine Wahl gereut, das commodum zurückgeben und vollen Schadensersatz verlangen. Ebensowenig kann er, wenn er den Schaden ersetzt bekommen hat, das Empfangene zurückgeben und statt seiner das commodum begehren.

c) Die Unmöglichkeit der Leistung kann den Anspruch des Gläubigers auf eine vom Schuldner versprochene Vertragsstrafe auslösen. Der Einfluss, den letztere auf den Ersatzanspruch des Gläubigers ausübt, ist verschieden, je nachdem die Strafe in einer Geldsumme oder in einer anderen Leistung besteht.

α) Besteht sie in einer Geldsumme, so kann der Gläubiger die Strafe stets als Mindestbetrag seines Schadens einklagen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen (§§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2)[40]. Es darf also der Gläubiger, der in Unkenntnis seines Rechtes auf die Konventionalstrafe seinen Schaden liquidiert und ersetzt erhalten hat und hinterher erfährt, dass der Schuldner zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet ist, deren Höhe den empfangenen Schadensersatz übersteigt, nachträglich noch die Differenz zwischen der empfangenen Summe und der Geldstrafe fordern[41]. Ebenso kann er, wenn er sich zuerst die Geldstrafe hat auszahlen lassen, und diese hinter dem erlittenen Schaden zurückbleibt, den Mehrbetrag des Schadens vom

[39] Der Annahme des Ganzen steht die Annahme eines Teiles, der thatsächlich erfolgten Annahme der Annahmeverzug des Gläubigers gleich. Das Nähere unten in § 10 Anm. 1.

[40] Die Unterscheidung, ob die Vertragsstrafe vom Schuldner für den Fall der Nichterfüllung oder für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung versprochen worden ist (die bei der teilweisen Unmöglichkeit Bedeutung gewinnt), spielt bei der gänzlichen Unmöglichkeit der Leistung keine Rolle.

[41] Nimmt der Gläubiger, obwohl er weiß, dass der Schuldner zur Zahlung einer höher bezifferten Konventionalstrafe verpflichtet ist, den Schadensersatz vorbehaltlos an, so kann darin, braucht aber nicht notwendig ein Verzicht auf den Restbetrag zu liegen.

Schuldner ersetzt verlangen. Hingegen ist letzterer, von besonderen Vereinbarungen abgesehen, nicht verpflichtet, an den Gläubiger sowohl vollen Schadensersatz zu leisten, als auch die volle Konventionalstrafe abzuführen.

β) Besteht die Vertragsstrafe in einer anderen Leistung als einer Geldsumme, so ist der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt (§ 342). Er kann also nur entweder Schadensersatz oder Strafe fordern. Bezüglich des Erlöschens des Wahlrechts ist zu sagen, dass es sich auch hier nur um eine facultas alternativa des Gläubigers, nicht um eine alternative Obligation handelt[42]. Das Recht des Gläubigers auf die Konventionalstrafe erlischt also nicht schon dadurch, dass er dem Schuldner erklärt, er wolle Schadensersatz haben. Vielmehr hat er bis zum Empfang desselben das jus variandi. Hingegen geht zufolge der positiven Bestimmung des § 342 der Gläubiger seines Anspruchs auf Schadensersatz dadurch verlustig, dass er vom Schuldner die Strafe verlangt[43]. Das ist nicht ohne Gefahr für den Gläubiger. Denn wird jetzt die Leistung der Vertragsstrafe dem Schuldner durch Zufall unmöglich, so kann es sein, dass der Gläubiger gänzlich leer ausgeht[44]. Richtiger wäre es gewesen, auch hier das Wahlrecht erst mit der Annahme der Vertragsstrafe, nicht schon mit dem „Verlangen“ derselben erlöschen zu lassen[45].

[42] Siehe Anm. 37.

[43] Hier erlischt also, obwohl es sich nur um eine facultas alternativa handelt, das jus variandi ausnahmsweise schon mit der Abgabe der Wahlerklärung.

[44] Zwar wird der Schuldner für gewöhnlich im Verzuge sein und darum auch den zufälligen Untergang der Konventionalstrafe zu vertreten haben. Absolut notwendig ist aber ersteres nicht. Denn es ist, namentlich hier, wo die Vertragsstrafe nicht in Geld besteht, leicht denkbar, dass die Parteien für sie von vornherein eine spätere Fälligkeit, wie für die ursprüngliche Leistung, vereinbart hatten. Dann kann thatsächlich durch den Untergang des Gegenstands der Strafe der Schuldner von jeder Verbindlichkeit frei werden.

[45] Diese de lege ferenda wünschenswerte Normierung giebt Fuld im Sächs. Archiv Bd. 9 S. 344 für lex lata aus und beruft sich dabei auf Planck II S. 122 vbd. mit S. 120. Aber erstens widerspricht die Ansicht Fulds dem klaren Wortlaut des Gesetzes, und zweitens ist die Berufung auf Planck nicht gerechtfertigt, denn bei ihm steht etwas ganz Anderes zu lesen, als was Fuld behauptet.

d) Hatte der Gläubiger eine Draufgabe erhalten, so ist wiederum zu unterscheiden, ob diese in einer Summe Geldes oder in etwas Anderem bestand. In ersterem Falle kann sie der Gläubiger behalten, muss sie sich aber, wenn er wegen der Unmöglichkeit der Leistung Schadensersatz verlangt, „anrechnen" lassen. Im anderen Falle, wo die Draufgabe nicht in Geld bestand und darum solche Anrechnung „nicht geschehen kann", hat der Gläubiger die arrha zurückzugeben (§ 338). Indessen sind dies nur Auslegungsregeln; es ist anders zu entscheiden, wenn die Absicht der Parteien offenbar dahin ging, dass der Gläubiger im Falle der Nichterfüllung das Handgeld lukrieren solle.

II.

Während die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung den Inhalt der Obligation reduziert (vgl. oben § 6 Seite 101/2 und 115), erfährt dieser durch die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung quantitativ keinerlei Veränderung: an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung tritt als ihr juristisches Äquivalent die Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz. Wohl aber ist der Inhalt qualitativ verändert: der Schuldner hat jetzt nicht mehr die ursprüngliche Leistung, sondern Geld zu prästieren. Erloschen ist zufolge der Unmöglichkeit der Leistung das Schuldverhältnis hier so wenig, wie dort: es bleibt trotz derselben, wenn auch mit verwandeltem Inhalt, bestehen[46].

Als sein gesetzliches Surrogat teilt der Schadensersatzanspruch ohne weiteres die rechtlichen Schicksale des Erfüllungsanspruchs: er wird zu derselben Zeit fällig[47]; er unterliegt derselben Verjährung; die für letzteren bestellten Pfänder und Bürgen haften auch für ihn unverändert fort. Im Prozess

[46] Es ist also nicht richtig, wenn im gemeinen Rechte für den Fall der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung allgemein von einem „exstingui obligationem" und im Gegensatz dazu für den Fall der verschuldeten Unmöglichkeit von einem „perpetuari obligationem" gesprochen wird. Das Schuldverhältnis dauert in beiden Fällen fort: dort mit einem quantitativ, hier mit einem qualitativ veränderten Leistungsinhalt.

[47] Wegen der Verzugszinsen beachte die positive Bestimmung in § 290 des B. G. B.

bedeutet der Übergang zu ihm keine Klageänderung (C. P. O. § 268 Ziffer 3).

Was die Beweislast angeht, so braucht der Gläubiger niemals zu beweisen, dass die Unmöglichkeit der Leistung auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand beruht. Vielmehr ist es immer Sache des letzteren, wenn er nicht ersatzpflichtig werden will, den Exculpationsbeweis zu führen (§ 282 und oben § 6 Abschnitt II). Hingegen hat die Unmöglichkeit der Leistung immer derjenige darzuthun, der sich auf sie beruft. Diese Beweislastverteilung ist sehr unbequem für den Gläubiger, der von vornherein weiß, dass dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden ist. Denn klagt er trotzdem, wozu er natürlich berechtigt ist, auf Naturalerfüllung, so riskiert er, dass der Schuldner die Unmöglichkeit der Erfüllung gar nicht zur Sprache bringt, sondern sich zu der unmöglich gewordenen Leistung verurteilen lässt; er somit ein Urteil erstreitet, das zunächst keinen Wert für ihn hat. Richtet er hingegen sein petitum auf Schadensersatz, so muss er den nicht leichten Beweis der Unmöglichkeit der Leistung erbringen. Um dem Gläubiger in dieser Beziehung zu helfen, hat das B. G. B. in § 283 ein außerordentlich praktisches Institut geschaffen. Es kann nämlich der Gläubiger, wenn der Schuldner zur Leistung rechtskräftig verurteilt ist, diesem zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Ist dann innerhalb der Frist die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt worden, so kann er nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne jede Rücksicht darauf, ob die Leistung noch möglich ist, oder nicht[48]. Hiernach braucht sich

[48] Dafür ist andrerseits von gedachtem Zeitpunkt an der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung ausgeschlossen (§ 283 Abs. 1 Satz 2 a. E.). Das hat für die hier zur Besprechung stehenden Fälle die Bedeutung, dass mit diesem Moment auch der Anspruch des Gläubigers auf das stellvertretende commodum erlischt. Im Gesetzbuch ist das zwar nicht ausdrücklich betont, ergiebt sich aber aus der Natur der Sache und aus dem Zwecke des § 283. Unzutreffend, zum mindesten leicht missverständlich ist es, wenn die Motive II S. 210 und im Anschluss daran mehrere Schriftsteller (vgl. u. a. den Spruch bei Cohn in dessen Sammlung II S. 26) wegen des Ausschlusses der Erfüllungsklage nach Ablauf der Frist von einer „fiktiven“ Unmöglichkeit der Leistung sprechen. — Warum meint übrigens Matthiaß I

der Gläubiger, auch wenn er weiß, dass dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden ist, nicht davor zu scheuen, auf Naturalerfüllung zu klagen. Denn mit Hülfe des § 283 ist er im stande, aus dem auf Naturalleistung lautenden rechtskräftigen Erkenntnis den Anspruch auf Schadensersatz geltend zu machen, sofern er nur beweist, dass er dem Schuldner eine „angemessene“ Frist zur Bewirkung der Leistung gesetzt hat[49]. Sache des Schuldners würde es dann sein, zu beweisen, dass er entweder innerhalb der Frist erfüllt hat, oder dass die Leistung während derselben infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, ein Beweis, den er in den hier vorausgesetzten Fällen natürlich nicht zu erbringen vermag. Hat der Gläubiger zwar eine Frist gesetzt, aber keine angemessene, so tritt von selbst die angemessene Frist an die Stelle der gesetzten unangemessenen[50]. Außerdem kann sich der Gläubiger jeden Fehlgriff in der Fristsetzung dadurch ersparen, dass er entweder überhaupt darauf verzichtet, die Frist nach bestimmten Tagen zu bemessen, sich vielmehr damit begnügt, seinem Schuldner eine „angemessene Frist“ zu setzen; oder dass er die Frist durch den Richter bestimmen und gleich mit in das Urteil aufnehmen lässt, was nach § 255 der C. P. O. zulässig ist[51].

S. 345, der Rechtsbehelf des § 283 sei nicht statthaft bei Verpflichtungen auf Verschaffung eines Rechtes?

[49] Der Anspruch auf Schadensersatz ist bei dem Prozessgericht erster Instanz geltend zu machen: C. P. O. § 893 Abs. 2. Dieser Gerichtsstand ist ein ausschließlicher: C. P. O. § 802.

[50] Anderer Meinung: Planck II S. 19 fg. § 250 unter 2; Schollmeyer, Kommentar S. 31; Oertmann, Kommentar S. 14; Enneccerus a. a. O. S. 373; übereinstimmend: Cosack I S. 348; Otto, Recht der Schuldverhältnisse im Sächs. Archiv Bd. 8 S. 684; Fischer-Henle § 250 Anm. 1; Dernburg a. a. O. S. 79. Vgl. oben § 2 der Darstellung, Text und Anm. 10.

[51] Aber nur die Frist, innerhalb welcher zu leisten ist, wird in das Urteil aufgenommen, nicht werden die Folgen der Nichtleistung innerhalb der Frist ausgesprochen. Das Urteil lautet also nur: „Der Schuldner wird verurteilt, an den Gläubiger binnen 14 Tagen zu leisten“, nicht enthält es den Zusatz: „oder, falls Leistung innerhalb dieser Frist nicht erfolgt, Schadensersatz zu zahlen“. Ein solches alternativ-bedingtes Urteil, ganz abgesehen davon, dass ihm materiellrechtliche Bedenken entgegenstehen, ist der C.P.O. unbekannt. — Auch wird dem Gläubiger durch die Aufnahme der Frist in das Urteil nicht die dem Schuldner gegenüber abzugebende Erklärung erspart, „dass er die Leistung nach Ablauf der Frist ablehne.“

Da sich zufolge der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung der Inhalt des Schuldverhältnisses qualitativ verändert, indem ipso jure an die Stelle der Verpflichtung zur Naturalerfüllung für den Schuldner die Verpflichtung zum Geldersatz tritt, so ist selbstverständlich, dass, wenn im Prozess die Unmöglichkeit der Leistung offenbar geworden ist, der Gläubiger auch verpflichtet ist, falls er nicht mit seiner Klage abgewiesen werden will, die auf Erfüllung gerichtete Klagbitte in den Antrag auf Verurteilung des Beklagten zum Schadensersatz abzuändern, denn dieser ist jetzt allein noch in obligatione[52].

Was endlich bei der Geltendmachung des Ersatzanspruchs die Liquidation des Schadens angeht, so hat in aller Regel der Gläubiger die Höhe seines Schadens zu beweisen. Diese Beweislast würde ihn schier erdrücken, wenn hier nicht helfend der schon wiederholt besprochene § 287 der C. P. O. eingriffe, der den Richter im Streitfall ermächtigt, über die Höhe des zu ersetzenden Interesses unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden.

2. Die teilweise Unmöglichkeit der Leistung.

§ 8.

I. Die vom Schuldner nicht zu vertretende — II. die von ihm zu vertretende teilweise Unmöglichkeit der Leistung.

I.

Wird dem Schuldner zufolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes die Leistung teilweise unmöglich, so wird

[52] Doch mag daran erinnert sein, dass in sehr vielen Fällen, nämlich überall da, wo das nachträgliche Wieder-Möglichwerden der Leistung nicht ausgeschlossen ist, die totale Unmöglichkeit der Leistung erst feststeht, wenn der Zeitpunkt verstrichen ist, von dem an der Inhalt des Schuldverhältnisses eine nachträgliche Erfüllung der Verbindlichkeit nicht mehr zulässt. Bis zu diesem Zeitpunkt kann hier nur auf nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung geklagt werden. Vgl. oben § 2 bei Anm. 7 und § 4 Anm. 17; ferner unten § 8 Seite 161/2. Bei gegenseitigen Obligationen steht dem Gläubiger der Rechtsbehelf des später noch zu besprechenden § 326 offen.

er, da sich nach § 275 der Inhalt des Schuldverhältnisses nur soweit reduziert, wie die Unmöglichkeit reicht, auch nur in Ansehung des unmöglichen Teiles von seiner Verbindlichkeit frei. Er bleibt also verpflichtet, den möglichen Teil der Leistung zu bewirken. Hieraus folgt, dass der Gläubiger auch gehalten ist, letzteren anzunehmen, falls er nicht in mora accipiendi verfallen will, mag nun die teilweise Leistung für ihn ein Interesse haben oder nicht. Insoweit bedeutet der § 275 eine Ausnahme von der in § 266 ausgesprochenen Regel, dass der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist. Von besonderer Wichtigkeit ist das für die gegenseitigen Obligationen, weil der Schuldner in demselben Umfang, in welchem er zur Leistung fähig bleibt, auch das Recht auf die Gegenleistung behält[1].

Im übrigen finden auf die teilweise Unmöglichkeit der Leistung alle die Grundsätze entsprechende Anwendung, die wir oben in § 6 bei der Darstellung der totalen Unmöglichkeit kennen gelernt haben. War also von den Parteien eine Ersatzleistung für den Fall der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung vereinbart, so tritt jene an die Stelle des unmöglich gewordenen Leistungsteiles. Hat der Schuldner für den unmöglich gewordenen Teil ein stellvertretendes commodum erlangt, so kann der Gläubiger dessen Herausgabe auf Grund des § 281 des B. G. B. nach Maßgabe des oben in § 6 III Ausgeführten verlangen. Und auch bezüglich der prozessualen Geltendmachung der teilweisen Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit ist einfach auf das oben Gesagte zu verweisen.

Einer besonderen Berücksichtigung bedürfen hier nur diejenigen Fälle teilweiser Unmöglichkeit, wo die Leistung unmöglich ist lediglich „in Ansehung der Zeit“, m. a. W. wo unmöglich nur die rechtzeitige, möglich hingegen die nachträgliche Bewirkung der Leistung ist[2]. Hat der Schuldner solche zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung nicht zu vertreten, so ist er nach § 275 zwar von der pünktlichen, nicht aber auch von der nachträglichen Bewirkung der Leistung befreit[3]. Und

[1] Vgl. unten § 9 Abschnitt I unter 3.

[2] Vgl. oben § 2 unter 1 c (S. 34 ff.).

[3] Der Schuldner ist nicht nur verpflichtet, die wieder möglich gewordene

wiederum folgt aus der Pflicht des Schuldners zur Nachleistung, dass der Gläubiger, wenn er nicht in Annahmeverzug geraten will, die verspätete Erfüllung annehmen muss, einerlei, ob er an ihr ein Interesse hat, oder nicht[4]. Klagt der Gläubiger während der zeitweisen Leistungsunmöglichkeit auf Erfüllung, und ist dem Schuldner bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, die Leistung noch nicht wieder möglich geworden, so ist der Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen und zwar unbedingt: weder erfolgt die Klagabweisung nur „zur Zeit", noch ist der Schuldner zu verurteilen „für den Fall, dass ihm die Leistung möglich wird". Doch ist der Gläubiger, wenn die Leistung nachträglich möglich wird, natürlich berechtigt, von neuem auf Bewirkung derselben zu klagen.

In den Fällen, wo der Schuldner bloß im Moment der Fälligkeit zu leisten außer stande ist, kann es leicht vorkommen, dass die Parteien die Unmöglichkeit der Leistung irrtümlich für eine dauernde halten, und dass infolgedessen der Gläubiger vom Schuldner die Herausgabe des stellvertretenden commodum verlangt und dieser es ihm ausliefert. Wie verhält es sich dann, wenn hinterher die Leistung dem Schuldner wieder möglich wird, und zwar zu einer Zeit, wo der Inhalt des Schuldverhältnisses eine nachträgliche Leistung noch zulässt? Können dann Gläubiger und Schuldner noch auf Erfüllung bestehen? Hier wird wichtig, was oben über die juristische Natur des stellvertretenden commodum gesagt wurde: dass nämlich seine Auslieferung an den Gläubiger keine Hingabe an Zahlungsstatt im Sinne des § 364 Abs. 1 des B. G. B. bedeutet. Das Schuldverhältnis ist also zufolge Hingabe des commodum noch nicht im Wege der „Erfüllung" erloschen[5]; ebensowenig kann man sagen, dass es im Wege des Erlasses untergegangen sei, denn aus der Hingabe und Annahme des commodum kann man nicht folgern,

Leistung zu prästieren, sondern er hat sich auch mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt um das Wieder-Möglichwerden der Leistung zu bemühen. Vgl. aus dem gemeinen Recht Mommsen, Beiträge I S. 295 fg.

[4] Dass er keinen Schadensersatz wegen der verspäteten Erfüllung verlangen kann, versteht sich nach § 275 von selbst.

[5] Die Parteien müssten denn eine dahingehende Vereinbarung besonders getroffen haben.

dass die Parteien einen Erlassvertrag haben abschließen wollen. Vielmehr ist letzteres nur deshalb gegeben und genommen worden, weil Gläubiger und Schuldner glaubten, es sei jetzt an Stelle der ursprünglichen Leistung in obligatione. Erweist sich diese Voraussetzung als irrig, so ist mit dem commodum ein indebitum geleistet worden. Da auch aus der zeitweisen Unmöglichkeit der Leistung kein Erlöschungsgrund für das Schuldverhältnis abgeleitet werden kann, so besteht also letzteres noch zurecht und der Gläubiger kann vom Schuldner die Bewirkung der möglich gewordenen Leistung gegen Rückgabe des commodum verlangen[6]; ebenso, wie letzterer seinerseits befugt ist, auf der Erfüllung zu bestehen, an der er ja mit Rücksicht auf die vereinbarte Gegenleistung sehr interessiert sein kann[7]. Und dieses Resultat erscheint auch nach keiner Seite hin unbillig. Denn einmal giebt es jeder der Parteien das, was sie von Anfang an durch Begründung des Schuldverhältnisses hat haben wollen. Und wenn der Gläubiger das ihm Zukommende später erhält, als vereinbart war, so kann er sich darüber beim Schuldner nicht beschweren: nicht dessen Fehler ist es, dass sich durch die zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung der Inhalt der Obligation auf die nachträgliche Leistung reduziert hat. Auch darin, dass der Schuldner nunmehr gezwungen ist, das commodum nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuverlangen, er somit unter Umständen einen Schaden erleiden wird, vermag ich etwas Ungerechtes nicht zu erblicken. Denn der Gläubiger hat ein Recht auf das commodum nur, soweit er zufolge der Unmöglichkeit der Erfüllung die Leistung selbst nicht bekommt. Er ist darum auch nicht berechtigt, seine Herausgabe eher zu verlangen, als bis feststeht, dass er die Leistung nicht bekommt[8]. Giebt der Schuldner das commodum früher heraus, als er es hiernach herauszugeben braucht, so darf er sich hinterher nicht

[6] Anders nach gemeinem Rechte Mommsen, Beiträge I S. 300.

[7] Bis zur Herausgabe des commodum kann der Schuldner die Leistung zurückbehalten, da es sich hier zweifellos um einen „fälligen Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis“ im Sinne des § 273 Abs. 1 handelt.

[8] Vgl. oben § 2 Text zu Anm. 7.

beklagen, wenn er weniger zurückerhält, als er hingegeben hat. Dieses Schicksal teilt er mit jedem, der irrtümlich Leistungen bewirkt, zu denen er nicht verpflichtet ist.

II.

Wird dem Schuldner die Leistung durch einen von ihm zu vertretenden Umstand teilweise unmöglich, so hat er den möglichen Teil der Leistung zu prästieren und für den unmöglichen Teil Schadensersatz zu leisten (§ 280 Abs. 1). Auch hier bewahrheitet es sich also, dass durch die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung der Inhalt des Schuldverhältnisses nur eine qualitative, keine quantitative Veränderung erleidet: denn der teilweise Schadensersatz und die teilweise Leistung bilden zusammen das volle juristische Äquivalent für den ursprünglich geschuldeten Gegenstand. Deshalb muss hier der Schuldner, wenn er den Gläubiger in Ansehung des möglich gebliebenen Teiles der Leistung in Annahmeverzug versetzen will, zugleich mit dem möglichen Teile den Schadensersatz für den unmöglichen Teil anbieten: das Eine ohne das Andere wäre eine Teilleistung, die anzunehmen der Gläubiger nach § 266 nicht verpflichtet sein würde.

Ein wichtiger Unterschied zwischen der teilweisen Unmöglichkeit, die der Schuldner zu vertreten, und derjenigen, die er nicht zu vertreten hat, besteht darin, dass bei der letzteren der Gläubiger sich die Leistung des möglichen Teiles gefallen lassen muss, auch wenn sie für ihn kein Interesse hat, während bei der ersteren der Gläubiger in solchem Falle berechtigt ist, die Annahme des möglichen Teiles der Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen (§ 280 Abs. 2 Satz 1). Auf dieses Recht des Gläubigers, die mögliche Teilleistung wegen mangelnden Interesses[9] abzulehnen, finden die

[9] Es muss hier jedes berechtigte Interesse des Gläubigers Anspruch auf Berücksichtigung haben. Zu eng ist es, wenn Stammler a. a. O. S. 119 fg. meint, es könne sich nur um „objektiv berechtigte Interessen" des Gläubigers handeln. Auch die Auslegung von Schollmeyer, Kommentar S. 109 unter c schränkt die Anwendbarkeit des § 280 Abs. 2 über Gebühr ein. So wie hier Planck II S. 54 unter 5 a. E.

für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 entsprechende Anwendung (§ 280 Abs. 2 Satz 2). Die Heranziehung dieser Rechtssätze ergiebt im einzelnen Folgendes:

1. Will der Gläubiger das ihm in § 280 Abs. 2 verliehene Recht ausüben, so hat er dies durch Erklärung gegenüber dem Schuldner zu thun (§ 349). Diese Erklärung begründet die Verpflichtung des Schuldners, nunmehr Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung zu leisten, und die Verpflichtung des Gläubigers, die empfangene Teilleistung zurückzugewähren (§ 346 Satz 1). Diese Verbindlichkeiten sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 über die exceptio non adimpleti contractus finden entsprechende Anwendung (§ 348). Bestand die empfangene Teilleistung in Diensten oder in der Überlassung der Benutzung einer Sache, so ist, weil hier Naturalrestitution nicht denkbar ist, der Wert zu vergüten, oder falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten (§ 346 Satz 2).

2. Hat der Gläubiger die gedachte Erklärung dem Schuldner gegenüber abgegeben, so bestimmt sich seine Haftung wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe vom Empfange der Teilleistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Das Gleiche gilt von der Haftung für fructus percepti und percipiendi und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen[10]. Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen (§ 347).

3. Das Recht des Gläubigers, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern, wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die empfangene Teilleistung durch Zufall untergegangen ist (§ 350).

4. Wohl aber ist es ausgeschlossen:

a) Wenn der Gläubiger eine wesentliche Verschlechterung,

[10] Das Nähere ergiebt sich aus den hier nicht weiter zu verfolgenden §§ 987 ff. des B. G. B.

den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Teiles verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Teiles des Teiles steht einer wesentlichen Verschlechterung, das von dem Gläubiger nach § 278 zu vertretende Verschulden eines Anderen steht dem eigenen Verschulden des Gläubigers gleich (§ 351).

b) Ohne Rücksicht darauf, ob den Gläubiger eine culpa trifft, oder nicht: wenn er den empfangenen Teil durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat (§ 352). Die Vorschrift des § 351 Satz 2, obwohl sie das Gesetzbuch in § 352 nicht ausdrücklich beruft, wird auch hier entsprechend anzuwenden sein[11].

Liegen die unter a) und b) erwähnten Voraussetzungen vor, dann ist also der Gläubiger gar nicht im stande, die unter 1) gedachte Erklärung mit rechtlicher Wirksamkeit dem Schuldner gegenüber abzugeben.

5. Das Recht des Gläubigers, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern, wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass er den empfangenen Teil oder einen erheblichen Teil des Teiles veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat (arg. § 353 Abs. 1)[12]. Denn es bleibt ihm ja noch die Möglichkeit, die veräußerte Sache zurückzuerwerben bezw. von der Belastung zu befreien. Wenn solcher Rückerwerb unmöglich ist, weil bei demjenigen, der den möglich gebliebenen Teil der Leistung infolge der Verfügung des Gläubigers erlangt hat, eine der unter 4) aufgeführten Thatsachen eingetreten ist, so geht der Gläubiger wiederum seines ihm in § 280 Abs. 2 verliehenen Rechtes verlustig (§ 353 Abs. 1). Hatte der Gläubiger von seinem Rechte bereits Gebrauch gemacht, als bei dem Dritten eine der unter 4) erwähnten Voraussetzungen eintrat, oder gelingt es dem Gläubiger nicht, nach Abgabe der Erklärung die Sache von dem Dritten zurückzuerwerben bezw. von der Belastung zu befreien, so hat er den Schuldner wegen der Unmöglich-

[11] Übereinstimmend Planck II S. 131.

[12] Einer Verfügung des Gläubigers steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§ 353 Abs. 2).

keit der Herausgabe nach § 347 zu entschädigen, falls ihm ein Verschulden zur Last fällt.

6. Kommt der Gläubiger mit der Rückgewähr der empfangenen Teilleistung oder eines erheblichen Teiles derselben in Verzug, so kann ihm der Schuldner eine „angemessene" Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme nach dem Ablauf der Frist ablehne[13]. Erfolgt dann die Rückgewähr nicht vor dem Ablauf der Frist, so wird die Erklärung des Gläubigers, dass er Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit haben wolle, unwirksam (§ 354). Der Gläubiger kann nunmehr, da er den möglichen Teil der Leistung bereits empfangen hat, bloß noch Schadensersatz in Ansehung des unmöglichen Teiles verlangen.

7. Ist, wie es regelmäßig der Fall sein wird, für die Ausübung des dem Gläubiger durch § 280 Abs. 2 gewährleisteten Rechtes von den Parteien eine Frist nicht vereinbart worden, so kann dem Gläubiger vom Schuldner für die Ausübung dieses Rechtes eine angemessene Frist bestimmt werden. Letzteres erlischt, wenn es nicht vor dem Ablauf der Frist ausgeübt wird (§ 355).

Die hier unter 1 7 entwickelten Rechtssätze greifen nicht ein, wenn der Gläubiger den möglichen Teil der Leistung derartig unabhängig von dem noch ausstehenden Teile angenommen hat, dass das Schuldverhältnis in Ansehung des geleisteten Teiles endgültig untergegangen ist. Dann kann der Gläubiger, wenn hinterher die Erfüllung des restierenden Teiles dem Schuldner unmöglich wird, von letzterem unter allen Umständen Schadensersatz nur wegen teilweiser Nichtleistung verlangen. In der Regel ist aber nicht anzunehmen, dass die Parteien bei Hingabe und Annahme einer Teilleistung das Schuldverhältnis in zwei getrennte, eines selbständigen Erlöschens fähige Teile spalten wollten. Darum ist es übertrieben, wenn Mayring im Anschluss an Ausführungen der Protokolle (Bd. I S. 320) meint[14], der § 280 Abs. 2 könne nur

[13] Bezüglich der Folgen einer „unangemessenen" Fristsetzung vgl. das oben in § 7 bei Anm. 50 Gesagte.

[14] Kommentar S. 42 unter 2 b. Vgl. auch Planck II S. 54 unter 6 und Schollmeyer, Kommentar S. 109.

dann angewendet werden, wenn der Gläubiger die Teilleistung „unter dem Vorbehalte der Ergänzung“ angenommen hat. Dass hier der Gläubiger zur Wahrung des ihm in § 280 Abs. 2 zugesprochenen Rechtes einen besonderen Vorbehalt machen und solchen wohl gar noch beweisen müsse, kann ihm sicherlich nicht zugemutet werden. Vielmehr ist es Sache des Schuldners, wenn er die Anwendbarkeit des Abs. 2 des § 280 aus dem hier gedachten Grunde leugnet, darzuthun, dass bei dem Empfang der Teilleistung durch den Gläubiger die Absicht der Parteien dahin ging, das Schuldverhältnis bezüglich des geleisteten Teiles endgültig aufzuheben.

Da sich zufolge der vom Schuldner zu vertretenden teilweisen Unmöglichkeit der Leistung der Inhalt des Schuldverhältnisses grundsätzlich in teilweise Leistungs- und teilweise Schadensersatzpflicht verwandelt, so bedeutet das Recht des Gläubigers, statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern, eine facultas alternativa, in Ansehung deren die unten in § 10 Anm. 1 dargelegten Rechtssätze zur Anwendung zu bringen sind. Aus ihnen ergiebt sich für das Wahlrecht des Gläubigers, dass es nicht schon dadurch erlischt, dass letzterer dem Schuldner gegenüber erklärt, diese oder jene Befugnis zu wählen, sondern erst dadurch, dass der Gläubiger die eine Befugnis in Kenntnis seines Wahlrechts verwirklicht. Das jus variandi entfällt also, wenn der Gläubiger den möglichen Teil der Erfüllung ganz oder teilweise annimmt, oder sich statt dieses Teiles Schadensersatz gewähren lässt. Hatte der Gläubiger bei Eintritt der teilweisen Unmöglichkeit den möglichen Teil der Leistung bereits empfangen, und erklärt er, diesen Teil behalten und nur wegen des unmöglichen Teiles Schadensersatz haben zu wollen, so erlischt, weil hier bei der Wahlerklärung die gewählte Befugnis zum Teil schon realisiert ist, das jus variandi mit der Abgabe der Erklärung, vorausgesetzt wiederum, dass sie in Kenntnis des Wahlrechts erfolgt. —

Bezüglich des Umfangs und des Inhalts der schuldnerischen Schadenshaftung gelten die in § 7 aufgestellten Grundsätze. Es findet also auch das, was dort über das Verhältnis des kontraktlichen Schädenanspruchs zu anderen, dem

Gläubiger aus der Unmöglichkeit der Leistung erwachsenden Ansprüchen gesagt wurde, hier seine analoge Verwertung. Doch machen sich folgende ergänzende Bemerkungen notwendig:

a) Steht dem Gläubiger gegen den Schuldner zufolge der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung auch ein außerkontraktlicher Ersatzanspruch zu (der Entleiher hat die geliehenen Sachen zum Teil beschädigt), so laufen Kontrakts- und Deliktsanspruch mit den ihnen anhaftenden Verschiedenheiten selbständig nebeneinander her. Der Inhalt der schuldnerischen Haftung ist gegenüber beiden Ansprüchen derselbe. Steht dem Gläubiger ex contractu das Recht zu, wegen mangelnden Interesses an der Teilleistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, so kommt ihm diese Befugnis auch außerkontraktlich zu: denn hier würde der § 251 eingreifen, wonach der Ersatzpflichtige, soweit die Naturalherstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, den letzteren in Geld zu entschädigen hat. Selbstverständlich kann bei der außerkontraktlichen Schadensersatzklage von einer analogen Anwendung des § 280 Abs. 2 Satz 2 keine Rede sein.

b) Hat der Schuldner infolge des Umstandes, der die Leistung teilweise unmöglich gemacht hat, einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, so ist der Gläubiger befugt, neben der Leistung des möglichen Teiles die Herausgabe des commodum zu fordern. Inwieweit dadurch der Anspruch auf Schadensersatz wegen des unmöglichen Teiles inhaltlich beeinflusst wird, und wie sich das Recht des Gläubigers, zwischen Schadensersatz und commodum zu wählen, des näheren gestaltet, ist oben dargelegt worden. Das dort Gesagte gilt unverändert auch hier.

c) Hatte sich der Schuldner zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, so gewinnt bei der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung eine Unterscheidung, die bei der totalen Unmöglichkeit außer Acht gelassen werden konnte, praktische Bedeutung. Es kommt dann nämlich für das Verhältnis von Erfüllungsanspruch, Schadensersatzanspruch und Strafanspruch darauf an, ob der Schuldner die Vertragsstrafe versprochen hat.

für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, oder ob er es gethan hat für den Fall, dass er sie nicht in gehöriger Weise erfüllt.

α) Ist die Strafe versprochen für den Fall, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen (§ 340 Abs. 1 Satz 1). Die Leistung des noch möglichen Teiles und die Zahlung der Vertragsstrafe schließen sich hier gegenseitig aus[15]. Dabei gestaltet sich das Wahlrecht des Gläubigers folgendermaßen:

Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist kraft positiver Gesetzesbestimmung der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen (§ 340 Abs. 1 Satz 2). Der Gläubiger kann dann nur noch Strafe bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Über das Verhältnis dieser beiden Ansprüche zu einander ist oben in § 7 gehandelt worden. Hiernach kann der Gläubiger unter allen Umständen die volle Vertragsstrafe als Mindestbetrag einklagen, ohne dass dadurch die Geltendmachung eines weiteren Schadens ausgeschlossen wäre (§ 340 Abs. 2). Nur wenn die Vertragsstrafe in einer anderen Leistung als in der Zahlung einer Geldsumme besteht, würde, nach dem auch hier Platz greifenden § 342, der Gläubiger durch die Erklärung, dass er die Strafe verlange, neben dem Anspruch auf Erfüllung auch den Anspruch auf Schadensersatz einbüßen[16].

Erklärt hingegen der Gläubiger dem Schuldner, dass er die zum Teil mögliche Erfüllung (und Schadensersatz wegen des unmöglichen Teiles) wähle, so ist er an diese Erklärung noch nicht gebunden, sondern berechtigt, von ihr wieder abzugehen und nunmehr die Zahlung der Strafe zu verlangen (arg. § 340 Abs. 1 Satz 2). Erst dann ist sein jus variandi erloschen, wenn er den möglichen Teil der Leistung ganz oder teilweise empfangen hat[17]. Dies gilt selbstverständ-

[15] Wohl nur ein Versehen, aber jedenfalls eine Unrichtigkeit ist es, wenn Stammler a. a. O. S. 162 in der aufgestellten Tabelle sagt, dem Gläubiger stehe nach § 340 das Recht auf „Erfüllung und Strafe mit weiterem Schadensersatz“ zu.

[16] Über die Unbilligkeit dieses Resultats vgl. oben § 7 Anm. 44.

[17] Vgl. § 10 d. Darstellung Anm. 1.

lich nur insoweit, als zur Zeit des Empfanges die Voraussetzungen, unter denen der Gläubiger die Konventionalstrafe nach § 339 fordern darf, bereits gegeben waren. Denn andernfalls kann die Annahme der Teilleistung nicht in Kenntnis des Wahlrechtes erfolgt sein, weil im Zeitpunkt der Annahme dem Gläubiger eine facultas alternativa noch gar nicht zustand. Ganz undenkbar also ist es, dass der Gläubiger, der eine Teilleistung angenommen zu einer Zeit, wo dem Schuldner der übrige Teil der Leistung noch möglich, er mit ihr auch noch nicht im Verzuge war, das Recht verwirkt haben sollte, die Vertragsstrafe zu verlangen, falls hinterher der casus poenae eintritt. Nur muss natürlich der Gläubiger, wenn er später seinen Anspruch auf die Vertragsstrafe geltend macht, den Teilempfang nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung dem Schuldner zurückgewähren[18].

β) Hat hingegen der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben dem möglichen Teile der Leistung verlangen. Inwieweit der Gläubiger daneben auch noch Schadensersatz wegen des unmöglichen Teiles fordern kann, richtet sich nach dem bekannten Verhältnis von Strafe und Schadensersatz[19].

Zufolge positiver Bestimmung in Abs. 3 des § 341 ist das Recht auf die Strafe verwirkt, wenn der Gläubiger den möglichen Teil der Leistung annimmt, ohne sich das Recht auf die Strafe besonders vorzubehalten[20]. Selbstver-

[18] Planck II S. 121 will in solchem Falle nach Analogie der Vorschrift des § 280 Abs. 2 Satz 2 die Rechtssätze der §§ 346—356 über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht zur entsprechenden Anwendung bringen. Da aber die Gründe, die in § 280 Abs. 2 zu einer strengeren Behandlung des Gläubigers führen, hier nicht vorliegen (indem sich hier nicht, wie dort, die dem Gläubiger eingeräumte Befugnis als die Folge einer einseitigen Berücksichtigung des gläubigerischen Interesses darstellt), so glaube ich nicht, dass die analoge Heranziehung der dem Gläubiger nachteiligen Bestimmung innerlich gerechtfertigt ist.

[19] Vgl. §§ 341 Abs. 2, 342 B. G. B., oben Text zu Anm. 16 und § 7 der Darstellung S. 143/4.

[20] Wer den Vorbehalt zu machen und wem gegenüber er zu erfolgen hat in denjenigen Fällen, wo bei der Annahme nicht Gläubiger und Schuldner

ständlich erscheint auch hier die oben gemachte Einschränkung, dass zu der Zeit, wo der Gläubiger den möglichen Teil der Leistung annahm, die Strafe bereits verwirkt war. Hingegen dürfte hier nur die vorbehaltslose Annahme des ganzen möglich gebliebenen Teiles, nicht auch schon die Annahme eines Teiles dieses Teiles den Verlust des Strafanspruchs herbeiführen. Was die Beweislast angeht, so hat die Annahme im Bestreitungsfall der Schuldner, den Vorbehalt der Gläubiger zu beweisen[21].

d) Hatte der Gläubiger eine Draufgabe vom Schuldner bekommen, so wird bei der Anwendung des § 338 ein Unterschied zwischen der totalen und der teilweisen Unmöglichkeit nicht zu machen sein. Es gilt also in dieser Beziehung lediglich das oben in § 7 Gesagte. —

Was die prozessuale Geltendmachung des dem Gläubiger aus der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung nach § 280 erwachsenden Schädenanspruchs angeht, so ist auf die Ausführungen in § 7 der Darstellung Abschnitt II zu verweisen. Der Gläubiger muss, sobald im Prozesse feststeht, dass die Leistung teilweise unmöglich geworden ist, die Klagbitte auf Leistung des möglichen Teiles und auf Schadensersatz wegen Nichtleistung des unmöglichen Teiles richten. Will er statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit haben, so muss er überdies beweisen, dass die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat[22]. Den Beweis

selbst, sondern dritte Personen für sie thätig sind, darüber siehe die richtigen Bemerkungen bei Dernburg a. a. O. S. 231.

[21] Den Nachweis des erklärten Vorbehalts kann der Gläubiger nicht dadurch ersetzen, dass er beweist, er habe von seinem Rechte, die Vertragsstrafe zu fordern, nichts gewusst. Denn an das Unterlassen des Vorbehalts knüpft das Gesetz nicht die widerlegbare Präsumption eines Verzichts auf die Konventionalstrafe, sondern schlechthin den Verlust des Strafanspruchs. Anders der E. I in § 421 letzter Satz. Vgl. hierzu Protokolle I S. 778 fg.

[22] Anderer Meinung ist Laband im Archiv f. civil. Praxis Bd. 73 S. 198. Nach ihm soll der Schuldner den Beweis führen, dass die Leistung für den Gläubiger noch ein Interesse hat, und den Grund für diese Verteilung der Beweislast findet Laband darin, dass die Teilleistung, die sich hier der Gläubiger gefallen lassen muss, eine Ausnahme von dem Prinzip des § 266 (§ 228 E. I) darstelle. Letzteres ist richtig; doch folgt daraus nur, dass der Schuldner, wenn er sich auf die Ausnahme beruft, die teil-

der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung hat derjenige zu erbringen, der sich auf sie beruft. Doch kann sich der Gläubiger auch hier den Beweis der Unmöglichkeit dadurch ersparen, dass er auf Erfüllung klagt und nach Rechtskraft des Urteils dem Schuldner eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung setzt, dass er nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehne. Hat dann der Schuldner bis zum Ablaufe der Frist die Leistung nur teilweise bewirkt, so ist der Gläubiger nunmehr ohne weiteres d. h. ohne Rücksicht darauf, ob der ausstehende Teil der Leistung noch bewirkt werden kann oder nicht, berechtigt, wegen der teilweisen Nichtleistung Schadensersatz zu verlangen. Auch hier ist er befugt, wenn er beweist, dass die Teilleistung für ihn kein Interesse hat, das Empfangene nach den Vorschriften, die für den Rücktritt vom Vertrag gelten, dem Schuldner zurückzugeben und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern[23].

Die im Abschnitt II dieses Paragraphen herausgestellten Rechtssätze gelten ausnahmslos auch für die teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit d. h. für diejenigen Fälle, wo der Schuldner zufolge eines von ihm zu vertretenden Umstands zwar nicht im Moment der Fälligkeit, wohl aber zu einem späteren Zeitpunkt leisten kann, wo ihm also nicht das Leisten schlechthin, sondern nur das pünktliche Leisten nicht möglich ist. Es handelt sich hier um die eigentlichen Fälle des Leistungsverzuges[24]. Auch hier muss der Gläubiger grundsätzlich die mögliche Teilleistung annehmen und kann Schadensersatz nur wegen des unmöglichen Teiles verlangen d. h. er muss auf nachträgliche Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung klagen. Will er, ohne dass die Voraus-

weise Unmöglichkeit der Leistung zu beweisen hat, denn diese ist es, welche den Inhalt der Obligation in teilweise Erfüllung und teilweisen Schadensersatz verwandelt und dadurch eine Ausnahme von der in § 266 ausgesprochenen Regel begründet. Verlangt jetzt der Gläubiger etwas, was an sich gar nicht in obligatione ist, nämlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, so beruft er sich auf eine Ausnahme von jener Ausnahme und deren Voraussetzung hat er darzuthun.

[23] B. G. B. § 283 Abs. 1 und 2.

[24] Über das Verhältnis der Begriffe „Verzug“ und „Unmöglichkeit der Leistung“ vgl. oben § 2 S. 41 fg. Beachte auch Anm. 2 desselben Paragraphen.

setzungen der totalen Unmöglichkeit der Leistung vorliegen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern, so muss er beweisen, dass die nachträgliche Leistung für ihn kein Interesse hat[25]. Doch kann der Gläubiger sich hier auch den Beweis des mangelnden Interesses an der Teilleistung dadurch ersparen, dass er von dem ihm nach § 283 zustehenden Rechte der Fristsetzung Gebrauch macht[26]. Dabei mag hervorgehoben sein, worauf Schollmeyer mit Recht aufmerksam macht[27], dass die Erklärung des Gläubigers, er werde die Annahme der Leistung nach Ablauf der gestellten Frist ablehnen, ihn zwar verhindert, nach deren Ablauf noch auf Erfüllung zu klagen, dass sie ihn aber durchaus nicht zwingt, bis zu deren Ablauf die Erfüllung unter allen Umständen anzunehmen. Will er den Beweis, dass die nachträgliche Leistung für ihn kein Interesse hat, führen, so kann er auch jetzt noch die ihm vom säumigen Schuldner innerhalb der gesetzten Frist angebotene Leistung zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen.

Endlich ist auch hier des oben am Schlusse von I erörterten Falles zu gedenken, wo die Parteien eine nur zeitweise Unmöglichkeit irrtümlicherweise für eine dauernde halten, der Schuldner den Gläubiger infolgedessen voll in Geld entschädigt bezw. ein erlangtes commodum an ihn ausliefert, während sich hinterher ergiebt, dass die nachträgliche Bewirkung der Leistung sehr wohl möglich ist. Die dabei auftauchenden Fragen sind hier ebenso, wie dort zu entscheiden. Da nämlich auch die Leistung des Schadensersatzes keine Leistung an Erfüllungsstatt im Sinne des § 364 Abs. 1 bedeutet, derselbe vom Schuldner vielmehr nur deshalb geleistet und vom

[25] Vgl. § 286 Abs. 2.

[26] Das war da, wo die teilweise Unmöglichkeit die gegenständliche (nicht bloß die zeitliche) Seite der Leistung betraf, nicht möglich. Da konnte der Gläubiger mit Hilfe des § 283 nur den Beweis der teilweisen Unmöglichkeit, nicht auch den Beweis des mangelnden Interesses an der Teilerfüllung umgehen. — Bei gegenseitigen Verträgen kommt für die Fälle des Verzuges als Rechtsbehelf des Gläubigers noch der später zu besprechende § 326 in Betracht: vgl. unten § 9 d. Darstellung S. 189 fg.

[27] Kommentar S. 119 unter 3.

Gläubiger nur deshalb angenommen wird, weil die Parteien der Meinung sind, der Inhalt der Obligation habe sich ausschliesslich in Geldersatz verwandelt, so ist, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft, vom Schuldner ein indebitum geleistet und vom Gläubiger ein solches angenommen worden. Beide Parteien können darum nunmehr auf Erfüllung bestehen d. h. der Gläubiger kann die nachträgliche Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, während der Schuldner berechtigt ist, das plus an Schadensersatz, das der Gläubiger empfangen hat, als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern[28]. Will der Schuldner Verluste, wie sie ihn hierbei treffen können, vermeiden, so darf er den Gläubiger wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit nicht eher entschädigen, als bis wirklich feststeht, dass die Leistung für immer unmöglich geworden ist.

3. Die Unmöglichkeit der Leistung bei Schuldverhältnissen aus gegenseitigen Verträgen.

§ 9.

I. Die weder vom Gläubiger noch vom Schuldner — II. die vom Gläubiger — III. die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung.

I.

Bisher ist nur vom Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung auf die Verbindlichkeit des Schuldners die Rede gewesen. In der Mehrzahl der Fälle aber begründet die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung gleichzeitig das Recht desselben auf eine Gegenleistung, um derentwillen er sich zum Schuldner macht. Man spricht hier von gegenseitigen oder synallagmatischen Verträgen[1]. Bei ihnen erhebt sich die

[28] Übereinstimmend Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung (Berlin 1899) S. 33. Bis zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung kann der Schuldner die Leistung zurückbehalten. Vgl. oben Anm. 7.

[1] Diese charakterisieren sich dadurch, dass aus ihnen notwendigerweise für beide Parteien Leistungspflichten erwachsen, die sich gegenseitig bedingen, von denen also die eine um der anderen willen

Frage, welchen Einfluss die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung auf die vom Gläubiger zu entrichtende Gegenleistung ausübt. Diese Frage, die das Gesetzbuch in den §§ 323 ff. regelt, soll im Nachstehenden beantwortet werden. Wir wenden uns dabei zunächst dem Falle zu, wo die Unmöglichkeit weder vom Gläubiger noch vom Schuldner zu vertreten ist.

1. Wird durch einen solchen Umstand dem Schuldner die Leistung gänzlich unmöglich, so verliert er seinen Anspruch auf die Gegenleistung[2]. Diese Reziprozität von Leistung und Gegenleistung gilt, anders wie im gemeinen Rechte, das hier zwischen Entäußerungsgeschäften und Geschäften ohne Entäußerungsnatur unterschied[3], für alle Arten gegenseitiger Verträge: für den Kauf und den Tausch sowohl, wie für die Miete, den Dienstvertrag und den Werkvertrag[4].

Der Satz, dass der Schuldner bei Unmöglichkeit der eigenen Leistung auch das Recht auf die Gegenleistung einbüßt, erleidet im Gesetzbuch eine wichtige allgemeine Aus-

eingegangen wird. Daher kein gegenseitiger Vertrag, wo nur zufällig auf beiden Seiten Pflichten entstehen, wie z. B. beim Auftrag im Falle einer actio mandati contraria. Aber auch da kein gegenseitiger Vertrag, wo zwar notwendigerweise für beide Beteiligten Leistungspflichten begründet werden, wo aber nicht die eine der anderen zuliebe besteht, diese also nicht den juristischen Zweck darstellt, der mit jener verfolgt wird. Darum gehört nicht zu den gegenseitigen Verträgen im Sinne der §§ 320 ff. des B. G. B. der Gesellschaftsvertrag. Ferner nicht der ihm entfernt verwandte Trödelvertrag. Vgl. über beide § 17 d. Darstellung.

[2] § 323 Abs. 1 erster Halbsatz. Auch hier macht es keinen Unterschied aus, ob die Unmöglichkeit eine objekte oder eine subjektive ist. Das Gesetzbuch erwähnt zwar in den §§ 323 ff. das Unvermögen des Schuldners zur Leistung nicht, sondern spricht überall nur von „Unmöglichkeit der Leistung“, worunter nach dem, was oben in § 4 über den Sprachgebrauch des Gesetzes gesagt wurde, an sich nur die objektive Unmöglichkeit zu verstehen ist. Doch hat die durch § 275 Abs. 2 erfolgte Gleichstellung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit einen allgemeinen Charakter und gilt darum für alle von der nachfolgenden Unmöglichkeit handelnden Rechtssätze des B. G. B., also auch für die §§ 323 ff. Das Gesagte dürfte mit Rücksicht auf die Resultate, die sich vom gegenteiligen Standpunkt aus ergeben würden, beinahe selbstverständlich sein. Dennoch wird die hier vertretene Ansicht nicht geteilt: von Endemann I § 127 II 3 und Kuhlenbeck, B. G. B. § 323 Anm. 1.

[3] Vgl. Windscheid II § 321 Anm. 16—19[b]; Mommsen, Beiträge I S. 345—352, 402—404; III S. 415 ff.

[4] Über vereinzelte Modifikationen, die das Prinzip erfährt, ist unten im 4. Kapitel zu handeln. Vgl. oben S. 98 und 99.

nahme. Hat sich nämlich bei Eingehung eines Vertrags der eine Teil den Rücktritt vom Vertrag vorbehalten, so erlischt durch Ausübung des Rücktrittsrechts die alte und entsteht gleichzeitig eine neue Obligation, deren Inhalt die Verpflichtungen des Gläubigers und Schuldners bilden, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (B. G. B. §§ 346 ff.). Dieses neue Schuldverhältnis kommt als bedingtes zur Existenz[4a] in dem Augenblick, wo die Parteien einander die im Vertrag ausbedungenen Leistungen bewirken. Deshalb liegt, wenn eine der Parteien die ihr infolge Ausübung des Rücktrittsrechts erwachsene Verpflichtung zur Rückgewähr des Empfangenen nicht erfüllen kann, weil die Sache noch vor Erklärung des Rücktritts, also noch vor Eintritt der Bedingung untergegangen ist, ein Fall von nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung vor[5]. Prinzipiell hätte also auf die aus der Rücktrittserklärung erwachsenden gegenseitigen Verbindlichkeiten der § 323 Anwendung zu leiden; m. a. W. der Rücktrittsberechtigte müsste, wenn der Vertragsgegner die empfangene Leistung nicht zurückgeben kann, auch von seiner Rückgabepflicht und umgekehrt der andere Kontrahent von der seinigen frei sein, wenn der Rücktrittsberechtigte außer stande ist, den empfangenen Gegenstand zurückzugewähren. Das Gesetzbuch hat aber diese Konsequenz nur in Ansehung der ersteren Eventualität gezogen. Was die zuletzt gedachte angeht, so bestimmt der § 350 ausdrücklich, dass der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen sein soll, dass der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist. Dieser Rechtssatz hat nur dann einen Sinn, wenn man annimmt, dass er dem Rücktrittsberechtigten die Befugnis verleiht, vom Vertragsgegner die Rückgewähr des Empfangenen auch da zu verlangen, wo er selbst der ihm obliegenden gleichen Verpflichtung nicht nachzukommen vermag. Wollte man hier trotz des § 350 den § 323 heranziehen, so würde dem Rücktrittsberechtigten durch die gedachte Bestimmung nur ein nudum jus zugesprochen sein.

[4a] Es ist abhängig von der potestativen Suspensivbedingung, dass der Berechtigte von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht.

[5] Vgl. oben § 3 S. 54.

Die Verhältnisse liegen also beim Rücktritt vom Vertrag in der That so, dass der Rücktrittsberechtigte auch bei Unmöglichkeit der eigenen Leistung das Recht auf die Gegenleistung behält, während umgekehrt der Vertragsgegner, wenn er das Empfangene nicht zurückgeben kann, dadurch den Anspruch auf Rückgewähr dessen, was der Berechtigte erhalten hat, verliert[6]. —

Hatte der Gläubiger zu der Zeit, wo dem Schuldner die Leistung unmöglich wurde, die ihm obliegende Gegenleistung bereits bewirkt, so hat er, weil sich zufolge der Unmöglichkeit der Leistung der Inhalt des Schuldverhältnisses reduziert hat, ein indebitum geleistet und kann darum das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen (§ 323 Abs. 3)[7]. Hiernach bekommt der Gläubiger von der sine causa bewirkten Gegenleistung dann nichts zurück, wenn der Schuldner um sie nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 3)[8].

[6] Der letztere Satz ist zwar ausdrücklich im B. G. B. nicht ausgesprochen, doch ergiebt er sich aus den in § 348 berufenen §§ 320, 322. Denn wenn der Austausch der empfangenen Leistungen Zug um Zug erfolgen soll, so kann der Vertragsgegner vom Rücktrittsberechtigten die Rückgewähr niemals erzwingen, falls ihm selbst die Rückleistung unmöglich ist, indem seiner Klage die exceptio non adimpleti contractus des Beklagten entgegen steht. Die scheinbare Ungerechtigkeit, die man vielleicht darin finden könnte, dass hier die Parteien eines und desselben Schuldverhältnisses mit ungleichem Maße gemessen werden, erklärt sich aus der bevorzugten Stellung, die derjenige überhaupt einnimmt, dem kraft Vertrags ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird. — Dass der andere Teil, wenn der Rücktrittsberechtigte die empfangene Leistung nicht zurückzugewähren vermag, die Herausgabe des stellvertretenden commodum, das letzterer erlangt hat, fordern kann, ergiebt sich aus dem zweifellos auch hier Platz greifenden § 281. Ebensowenig liegt ein Grund vor, dem Rücktrittsberechtigten, wenn der andere Teil für die unmöglich gewordene Leistung ein commodum empfangen hat, die Befugnis abzusprechen, dessen Herausgabe zu verlangen. Wie sich dann seine Verpflichtung zur Gegenleistung gestaltet, darüber sogleich im Texte unter 2.

[7] In dem von Mommsen, Beiträge I S. 403 konstruierten Falle (:A hat sich von B gegen die Benutzung seines Hauses auf ein Jahr eine individuell bestimmte Sache, lieferbar am Schlusse des Jahres, versprechen lassen; vor Ablauf des letzteren geht sie unter:) würde nach B. G. B. der Vermieter einen Anspruch auf die Summe haben, um welche der Mieter durch Ersparnis des Mietzinses bereichert ist, während Mommsen ihn nach gemeinem Rechte, wohl in allzustarker Anspannung der Regel „locatoris est periculum", leer ausgehen lässt.

[8] Wenn Dernburg a. a. O. S. 209 fg. meint, dass der Mieter, der einen

Aber auch dieser Satz erleidet nach dem Gesetzbuch zwei allgemeine Ausnahmen:

a) Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen, dass der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrag verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt (gleichgültig ob infolge eines von ihm zu vertretenden oder eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands), so ist der Gläubiger bei dem Eintritt dieses Falles zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt (§ 360); und:

b) Ist in einem gegenseitigen Vertrag vereinbart, dass die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der andere Teil zum Rücktritt berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt (§ 361)[9].

Tritt in diesen beiden Fällen der Gläubiger, wenn dem Schuldner seine Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist, vom Vertrag zurück, so kann er die vorzeitig abgeführte Gegenleistung nicht nur nach den für ihn ungünstigen Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, sondern nach der strengeren Vorschrift des § 347 zurückverlangen, nach welcher der Schuldner vom Moment des Empfangs der Leistung an in demselben Umfang haftet, wie der Besitzer bei der rei vindicatio von der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an. Insbesondere hat hier der Schuldner eine Geldsumme von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen (§ 347 Satz 3).

2. Verlangt der Gläubiger auf Grund des § 281 an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung die Herausgabe des stellvertretenden commodum, so bleibt er zur Gegenleistung ver-

nicht in Geld bestehenden Mietzins im voraus bezahlt hat, nichts zurückbekommt, wenn hinterher Mietzins und Mietsache durch Zufall untergehen, so ist das nach § 323 Abs. 3 gewiss richtig. Wie aber dem Mieter mit § 537 geholfen werden soll, was Dernburg „versuchsweise“ vorschlägt, vermag ich nicht zu sehen.

[9] Vgl. auch H. G. B. § 376 Abs. 1 Satz 1, erster Halbsatz. Nach B. G. B. handelt es sich um eine Auslegungsregel, nach H. G. B. um einen dispositiven Rechtssatz.

pflichtet. Diese erhöht sich nicht, wenn das commodum den Leistungsgegenstand an Wert übertrifft. Sie mindert sich jedoch nach Maßgabe der, von der kaufrechtlichen Minderungsklage handelnden §§ 472, 473, falls der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt (§ 323 Abs. 2). Die Berechnung der Gegenleistung gestaltet sich alsdann folgendermaßen:

a) Das Entgelt ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert der ursprünglichen Leistung zu dem Werte des commodum gestanden haben würde[10]. Betrug der Wert der Leistung in gedachtem Zeitpunkt 100, die Höhe der vereinbarten Gegenleistung 75 und beträgt der Wert des stellvertretenden commodum 80, so ergiebt sich die nunmehr zu entrichtende Gegenleistung aus der Gleichung: $100 : 80 = 75 : x$, wonach $x = \frac{75 \cdot 80}{100} = 60$ beträgt (§ 472 Abs. 1).

b) Hat der Schuldner mehrere selbständige Leistungen zu prästieren, für die ein Gesamtpreis vereinbart worden ist, und wird nur eine der versprochenen Leistungen unmöglich, so ist zunächst der Gesamtwert jener Leistungen in Anschlag zu bringen, alsdann der Gesamtwert der möglich gebliebenen Leistungen unter Hinzurechnung des an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung tretenden commodum zu ermitteln, und schließlich die Gegenleistung in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem jene beiden Werte zu einander stehen; so dass, wenn l den Wert der sämtlichen ursprünglich geschuldeten Leistungen, $l' + c$ den Wert der noch möglichen Leistungen unter Addition des stellvertretenden commodum und g die vereinbarte, einheitliche Gegenleistung bedeutet, die Gleichung lautet: $l : (l' + c) = g : x$ oder $x = \frac{g \cdot (l' + c)}{l}$ (§ 472 Abs. 2).

c) Sind vom Gläubiger neben der Geldzahlung noch andere Leistungen zu prästieren, die nicht vertretbare Sachen zum

[10] Wegen der Wertberechnung des commodum, namentlich da, wo dieses in einem Ersatzanspruch besteht, vgl. oben § 7 Anm. 36. Dass bei den hier vorzunehmenden Rechnungen überall der objektive Wert der Dinge, und nicht derjenige, den sie für den Gläubiger haben, in Anschlag zu bringen ist, versteht sich von selbst.

Gegenstand haben, so sind diese Leistungen nach ihrem Werte zur Zeit des Vertragsabschlusses in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung erfolgt dann an dem in Geld festgesetzten Teile; ist dieser aber geringer, als der abzusetzende Betrag, so hat der Schuldner, dessen Leistung unmöglich geworden ist, dem Gläubiger den überschießenden Betrag zu vergüten (§ 473).

d) Nach Analogie des unter c Gesagten muss, wie Planck II S. 98 richtig hervorhebt, in dem von § 473 nicht betroffenen Falle, dass die vom Gläubiger zu entrichtende Gegenleistung in keinem ihrer Teile in Geld festgesetzt ist, der ganze abzusetzende Betrag dem Gläubiger vom Schuldner vergütet werden.

3. Ist dem Schuldner seine Leistung nur teilweise unmöglich geworden, so mindert sich die Gegenleistung des Gläubigers in demselben Umfang, in welchem der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei wird. Die Berechnung der Gegenleistung erfolgt wiederum nach den für die kaufrechtliche Minderungsklage aufgestellten Grundsätzen (§ 323 Abs. 1 in Vbd. mit §§ 472, 473). Es kommen also auch hier die soeben unter 2 entwickelten Regeln zur Anwendung[11]. Handelt es sich um unverschuldete zeitweise Unmöglichkeit und ist die nachträgliche Leistung im Vergleich zur pünktlichen von geringerem Wert, so erfolgt auch hier auf Seiten der Gegenleistung die entsprechende Herabsetzung.

Das Wichtigste bleibt, dass der Gläubiger überhaupt die Teilleistung vergüten muss; dass er verpflichtet ist, auch sie gegen die entsprechende Gegenleistung einzutauschen: m. a. W. dass er nicht berechtigt ist zum Rücktritt vom Vertrag[12].

[11] Mit Rücksicht auf das dort unter d) Gesagte würde die von Mommsen, Beiträge I S. 403 für das gemeine Recht gegebene Entscheidung nach B. G. B. anders zu lauten haben. Es handelt sich um den Fall, dass sich A von B für die Benutzung seines Hauses auf ein Jahr eine individuell bestimmte Sache versprechen lässt, das Haus aber nach einem halben Jahre abbrennt, so dass dem Vermieter seine Leistung zur Hälfte unmöglich wird. Mommsen meint, A könne die intellektuelle Hälfte der Sache beanspruchen. Nach B. G. B. kann er auf die ganze Sache Anspruch erheben, muss aber die Hälfte ihres Wertes dem Gläubiger B vergüten.

[12] Den Standpunkt des gemeinen Rechtes siehe bei Windscheid II § 321 Anm. 16 a. E. und bei Mommsen, Beiträge I S. 290. Vgl. auch Motive II S. 207 und Protokolle I S. 649.

Das ist sehr hart für ihn, wenn er an der teilweisen Leistung kein Interesse hat[13]. Und bei der zeitweisen Unmöglichkeit insbesondere kann es, selbst wenn die nachträgliche Leistung an sich nicht ohne Wert für ihn ist, doch beschwerlich für den Gläubiger sein, dass er die Gegenleistung bereit halten muss, ohne in der Mehrzahl der Fälle etwas Sicheres darüber zu wissen, ob die Leistung noch möglich werden wird. Bei einigen und nicht gerade den unwichtigsten der hier in Betracht kommenden Verträge: bei der Miete, dem Dienstvertrag und dem Werkvertrag, ist indessen dem Gläubiger durch abweichende Sondervorschriften geholfen[14].

4. Der Wegfall der Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung bezw. deren Minderung zufolge gänzlicher oder teilweiser Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung tritt, ebenso wie die Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit, ipso jure ein. Ergiebt sich also bereits aus dem Vorbringen des auf die Gegenleistung klagenden Schuldners, dass er selbst außer stande ist, die ihm obliegende Leistung zu bewirken, so ist er mit seiner Klage abzuweisen, auch wenn der Gläubiger im Termin zur mündlichen Verhandlung gar nicht erscheint.

In der Regel freilich wird der Schuldner von der Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung nichts verlauten lassen, so dass es Sache des Gläubigers ist, wenn der Schuldner auf die Gegenleistung klagt, sich durch eine Einwendung auf die Befreiung von der Gegenleistungspflicht zu berufen. Es fragt sich, ob dann der Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistung darthun oder ob der Schuldner beweisen müsse, dass er erfüllt habe bezw. erfüllungsbereit sei.

Man hat nun diejenigen Fälle, wo der Gläubiger der Klage des Schuldners die Einwendung entgegenstellt, der Schuldner

[13] Ebenso wie dem Gläubiger steht übrigens auch dem Schuldner im Falle der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung kein Rücktrittsrecht zu, obwohl es unter Umständen auch für ihn von Bedeutung sein kann, den möglichen Teil der Leistung unter Verzicht auf die Gegenleistung einbehalten zu dürfen. Vgl. das von Mommsen, Beiträge I S. 162 Anm. 11[a] gebrachte Beispiel.

[14] Vgl. die §§ 542, 626, 636 B. G. B. und die §§ 14, 15 und 16 der Darstellung unter 4dα, 2 und 3ab.

könne nicht leisten und darum brauche auch er nicht zu leisten, mit der exceptio non adimpleti contractus in Verbindung gebracht und hier von einer „peremptorischen Funktion“ dieser Einrede gesprochen[15]. Diese Konstruktion verleitet, weil sie wesensverschiedene Dinge einander gleichstellt, zu einer falschen Verteilung der Beweislast. Natürlich kann der Gläubiger der Klage des Schuldners die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegensetzen, indem er einwendet: Du, Schuldner, hast noch nicht erfüllt; ich bin zur Vorleistung nicht verpflichtet und darum lasse ich mich nur zur Leistung „Zug um Zug“ verurteilen[16]. Bei dieser Art der Verteidigung hat der Beklagte nach bekannten Grundsätzen nichts und der Kläger alles zu beweisen, und deshalb wird ein praktischer Gläubiger, indem er die Frage nach der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung einfach offen lässt, sich ihrer stets bedienen. Und da hier die Verurteilung des Gläubigers zur Erfüllung „Zug um Zug“ niemals zu einer Zwangsvollstreckung führen kann, weil der Schuldner, wie wir ja annehmen, die eigene Leistung zu bewirken außer stande ist, so könnte man hier allerdings in gewissem Sinne von einer peremptorischen Funktion der exceptio non adimpleti contractus reden.

Eine ganz andere aber, nach Wesen und Inhalt grundverschiedene Art der Verteidigung ist die oben gedachte, wo der Gläubiger geltend macht, er brauche nicht zu leisten, weil dem Schuldner seine Leistung unmöglich geworden sei. Hier sagt er nicht, der Schuldner hat „noch nicht“ geleistet und darum bin auch ich „noch nicht“ verpflichtet zu leisten; sondern hier sagt er: Der Schuldner kann überhaupt nicht leisten und darum brauche ich auch nicht zu leisten; so wie er, bin auch ich von meiner Verbindlichkeit frei. Man könnte diese Einrede im Gegensatz zur exceptio non adimpleti contractus die exceptio non adimplebilis contractus, die Einrede des nicht erfüllbaren Vertrages nennen. Sie unterscheidet sich von jener in ihrem

[15] So z. B. Schall im Archiv f. civil. Praxis Bd. 73 S. 438 ff.; André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Leipzig 1891) S. 128, 162 ff.; die Entscheidungen in Seufferts Archiv Bd. 5 Nr. 308, Bd. 42 Nr. 200.

[16] Vgl. §§ 320, 322 B. G. B.

Wesen: denn jene ist eine Einrede im technischen Sinne, diese nur eine Einwendung, da ja der Wegfall der Gegenleistung zufolge Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung, wie wir sahen, ipso jure eintritt. Sie unterscheiden sich aber auch in ihrem Inhalt: denn mit der exceptio non adimpleti contractus will der Gläubiger, indem er sich auf das „funktionelle Synallagma" beruft, den Schuldner zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung zwingen; er will hier nicht die eigene Freisprechung, sondern die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug herbeiführen; bei der Einrede des nicht erfüllbaren Vertrages aber macht er den Wegfall seiner Verpflichtung zur Gegenleistung geltend, will also die Abweisung der Klage entweder ganz oder zum Teil erreichen. Während er dort bei dem ursprünglichen Inhalt des Schuldverhältnisses stehen bleibt, ja seine Erfüllung geradezu anstrebt[16a], behauptet er hier, dass der Inhalt der Obligation sich geändert hat: dass sich nämlich die beiderseitigen Verbindlichkeiten, unter Umständen bis auf Null, reduziert haben[17].

Und gerade weil er es ist, der hier eine nachträgliche Veränderung im Leistungsinhalt behauptet, muss er, der Gläubiger, auch die Gründe darthun, die zu einer solchen Veränderung geführt haben: d. h. er muss die totale bezw. die teilweise Unmöglichkeit der Leistung beweisen, genau so, wie

[16a] Dass mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags ein derartiger Zweck verfolgt werde, leugnet André a. a. O. S. 162. Sein ablehnender Standpunkt lässt sich schon vom Boden des gemeinen Rechtes aus nicht verteidigen. Für das B. G. B. ergiebt sich dessen Unhaltbarkeit mit aller Deutlichkeit aus § 320 Abs. 1 Satz 3.

[17] Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass wenn einmal im Prozess die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung bewiesen ist, der Gläubiger die exceptio non adimpleti contractus überhaupt nicht mehr vorbringen kann, eben weil dann die Erfüllung des Schuldverhältnisses nicht mehr denkbar ist. Übereinstimmend Regelsberger in Jherings Jahrbüchern Bd. 40 S. 266: „Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags kann nur so lange entgegengesetzt werden, als die Erfüllung der ausstehenden Leistung noch möglich ist." Richtig die Urteile des O. L. G. Darmstadt in Seuff. Archiv Bd. 38 Nr. 17, des O. L. G. Hamburg ebenda Bd. 40 Nr. 191, des Oberst. Landes-Gerichts in Bayern ebenda Bd. 43 Nr. 103 und in der Sammlung seiner Entscheid. Bd. 11 S. 717 und des R. O. H. G. in Bd. 21 seiner Entsch. S. 207. Vgl. auch die neuerdings veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts in Seuff. Archiv Bd. 54 Nr. 15.

er sie beweisen müsste, wenn er sich nicht excipiendo, sondern agendo auf sie berufen würde, indem er auf Feststellung seiner Befreiung von der Gegenleistung klagte[18].

Hingegen liegt dem Gläubiger in Ansehung der Frage, wer die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat, keinerlei Beweispflicht ob. Er braucht nicht zu beweisen, dass sie der Schuldner nicht zu vertreten hat, weil er zufolge § 325 Abs. 1 Satz 3 sich auf den Wegfall seiner Verbindlichkeit auch dann berufen kann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, ein Beweis in Ansehung dieses Punktes sich also von selbst erübrigt. Er braucht aber auch nicht zu beweisen, dass er selbst die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten hat, weil dieser Beweis, wie sich später bei der Besprechung des § 324 zeigen wird, vom Schuldner geführt werden muss.

In der Litteratur, soweit sie sich überhaupt mit den im Vorstehenden erörterten Beweisfragen beschäftigt, findet sich häufig noch die Bemerkung[19], der Gläubiger, der sich auf die Minderung seiner Gegenleistung zufolge teilweiser Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung berufe, habe nicht nur die teilweise Unmöglichkeit, sondern auch das Wertverhältnis zu beweisen, in dem der mögliche Teil der Erfüllung zu der ganzen stipulierten Leistung stehe, da sich nur auf Grund dieser Relation beurteilen lasse, ob die Herabsetzung der Gegenleistung in dem Umfang, wie sie der Gläubiger verlange,

[18] Regelsberger gelangt in dem soeben berufenen Aufsatz, der unter dem Titel: „Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und von dem Einfluss der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis" die hier behandelte Frage ex professo erörtert, zu derselben Verteilung der Beweislast, wie sie im Texte befürwortet ist, und er findet ihre Rechtfertigung darin, dass auch beim Schadensersatzanspruch derjenige, der ihn erhebt, die thatsächlichen Grundlagen seines Anspruchs darzuthun habe (a. a. O. S. 275). Die Analogie ist zutreffend, nur giebt sie uns den Grund nicht an, warum in dem einen, wie in dem anderen Falle die Beweislast so und nicht anders zu regeln ist. Der Grund ist in beiden Fällen der obengedachte. Ebenfalls übereinstimmend mit dem hier gewonnenen Resultat, aber fehlerhaft in der Begründung: Schall a. a. O. Vgl. auch Planck II S. 98 unter 3.

[19] Vgl. z. B. Planck an der soeben citierten Stelle; Oertmann in seinem Kommentar S. 71 unter 8; Mayring, Kommentar S. 74 unter 6; André a. a. O. S. 168 ff.

eine entsprechende sei, oder nicht. Eine solche Beweislast aber trägt der Gläubiger sicherlich nicht; und zwar deshalb nicht, weil es sich hier überhaupt nicht um Dinge handelt, für welche die Parteien beweispflichtig sind. Will man von einer Beweislast im technischen Sinne reden, so muss es sich um Thatsachen handeln, die, wenn sie von der beweispflichtigen Partei nicht bewiesen werden, dieser Partei gegenüber als nicht wahr zu gelten haben. Dann müsste hier, wenn der Gläubiger zwar die teilweise Unmöglichkeit der Leistung, aber nicht die dadurch eingetretene Wertminderung beweist, die letztere Thatsache dem Gläubiger gegenüber als nicht wahr anzusehen, derselbe also zur vollen Gegenleistung zu verurteilen sein, auch wenn offenkundig ist, dass der Teil hinter dem Ganzen an Wert zurückbleibt, und nur zweifelhaft ist, um wieviel dies der Fall ist. Dem steht aber der Wortlaut des Gesetzes entgegen. Denn der letzte Satz des Abs. 1 des § 323 lautet: „bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473.“ Hat hiernach der Gläubiger bewiesen, dass dem Schuldner die Leistung teilweise unmöglich geworden ist, (und liegt nicht einer der Ausnahmefälle vor, wo der Teil dem Ganzen an Wert gleichkommt), so hat er damit gleichzeitig bewiesen, dass sich seine Gegenleistung gemindert hat, und ein Richter, der ihn jetzt noch zur vollen Gegenleistung verurteilen wollte, würde sich einer Rechtsbeugung schuldig machen. Muss aber der Richter den Gläubiger zu einer geminderten Gegenleistung verurteilen, auch wenn dieser keinerlei Beweis über die Höhe der Wertminderung erbringt, so ist klar, dass der Gläubiger in Ansehung ihrer keine Beweislast trägt.

In Wahrheit hat die Frage, um wieviel sich die Gegenleistung gemindert hat, nicht der Gläubiger dem Richter, sondern der Richter dem Gläubiger zu beantworten. Der Richter ist es, der die durch § 472 vorgeschriebene rechnerische Operation vorzunehmen und in die sich dabei ergebende Gleichung die Wertfaktoren einzustellen hat. Die Parteien haben dem Richter nur den Inhalt des eingegangenen Schuldverhältnisses und die Thatsachen darzuthun, die abändernd auf dasselbe eingewirkt haben. In welcher Weise und in wel-

chem Umfang die Obligation durch sie verändert worden ist, das gerade wollen die Parteien vom Richter erfahren, den sie um eine Entscheidung angehen. Der Gläubiger hat also nur die teilweise Unmöglichkeit, so wie sie in die Erscheinung getreten ist, z. B. die äußere Unvollständigkeit der Leistung, zu beweisen; sie in ihrem Werte zu qualifizieren hat sie der Richter, ebenso wie die Partei, die ihre Schuldlosigkeit darthun will, nur ihr äußeres Verhalten zu beweisen braucht, während der Richter sich darüber schlüssig werden muss, ob durch dieses Verhalten die Diligenzpflicht beobachtet oder verletzt worden ist. Fehlt dem Richter zur Beantwortung solcher Fragen die nötige Sachkenntnis, so muss er sich der Hülfe Sachverständiger bedienen und zwar von Amts wegen[20]. Erklären sich diese zur Auskunftserteilung außer stande, so ist der Richter, wie er ja überhaupt niemals an das Urteil der Experten gebunden ist, kraft seines Amtes verpflichtet, die Entscheidung nach eigenem Ermessen zu treffen[21]. Undenkbar ist es jedenfalls, dass es im Prozess in Ansehung des objektiven Wertes einer Sache zu einem non liquet kommt, sei es auch nur in dem Sinne, dass der Richter zu Lasten der im übrigen beweispflichtigen Partei dem Urteil eine Wertung zu Grunde legt, die mit der Wirklichkeit in offenbarem Widerspruch steht.

Gegen die Wahrheit der hier aufgestellten Sätze ist mehrfach verstoßen worden in einer Reihe von Prozessen, die in den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts die Gerichte Deutschlands, wie auch die juristisch-litterarische Welt beschäftigten. Gemeint sind die Rechtsfehden, die der verstorbene Professor Mitscherlich in Freiburg gegen die Käufer seines Celluloseverfahrens durchzufechten hatte. Der That-

[20] Vgl. § 144 Abs. 1 C. P. O. — Natürlich wird diejenige Partei, der daran liegt, dass der anzustellenden Rechnung ein Wert von bestimmter Höhe zu Grunde gelegt wird, ihr Möglichstes thun, um dem Richter die gleiche Überzeugung in Ansehung des Wertverhältnisses beizubringen. Sie wird darum auch ihrerseits bemüht sein, die zur Fällung des Werturteils erforderlichen Unterlagen herbeizuschaffen. Damit ist aber der Partei keine Beweislast im technischen Sinne auferlegt.

[21] Mit Recht ruft Regelsberger a. a. O. S. 272 dem Richter zu: sapere aude!

bestand, der den gedachten Prozessen zu Grunde lag, ist so sehr geeignet, die Richtigkeit der soeben entwickelten Lehrsätze darzuthun, dass es empfehlenswert ist, ihn am Schlusse dieses Abschnitts in aller Kürze wiederzugeben[22].

Der Professor der Chemie A. Mitscherlich erfand seiner Zeit ein Verfahren, aus Holz durch Kochen mit einer bestimmten Flüssigkeit Zellstoff (Cellulose) zu bereiten. Im Jahre 1879 erhielt M. auf einen Teil seiner Erfindung ein Patent mit Geltung bis 1890. In dem Gesuch um das Patent war das Verfahren möglichst knapp beschrieben; es wurde die Konstruktion sämtlicher Apparate und eine Menge von Vorschriften geheim gehalten, deren Beobachtung das nutzbringende Gelingen der Operation im Großbetrieb erst ermöglichte. Die Kenntnis der durch das Patent geschützten Teile des Verfahrens für sich setzte also niemanden in die Lage, Zellstoff mit einiger Aussicht auf Erfolg gegenüber der Mitscherlich'schen Konkurrenz herzustellen. In den Jahren 1879—1883 schloss nun M. mit beinahe 30 Industriellen aus Deutschland und aus dem Ausland Verträge über die Mitteilung und Verwertung seines Verfahrens ab. In diesen Verträgen, die im wesentlichen gleichen Inhalts waren, verpflichtete sich M. zu einer dreifachen Leistung:

1) Den anderen Vertragsteil (den wir kurz als Gläubiger bezeichnen wollen) oder dessen Angestellten in das neue Verfahren, insbesondere in den geheim gehaltenen Teil desselben, einzuweihen und zur selbständigen Herstellung von Zellstoff anzulernen[23].

[22] Der mehrfach citierte Aufsatz von Regelsberger ist die Überarbeitung eines von ihm seiner Zeit zu diesen Prozessen abgegebenen Rechtsgutachtens. Auch die wiederholt berufene Arbeit Schalls im Archiv f. civil. Praxis Bd. 73 ist im Anschluss an einen dieser Prozesse entstanden. Vgl. auch Schalls Ausführungen in Bd. 72 derselben Zeitschrift S. 128 ff. Letzterer Schriftsteller, Prozessvertreter des Prof. Mitscherlich, hat überdies eine ausführliche Darstellung des gesamten Prozessstoffs unter dem Titel veröffentlicht: „Die Prozesse des Prof. Dr. A. Mitscherlich in Freiburg i. B. gegen die Käufer seines Celluloseverfahrens, übersichtlich dargestellt von Dr. jur. Richard Schall. Stuttgart 1892." — Die obige Wiedergabe des Sachverhalts schließt sich an die von Regelsberger a. a. O. S. 250 ff. gegebene Sachdarstellung an.

[23] Also: locatio-conductio operis. Regelsberger a. a. O. S. 252 fg.

2) Dem Gläubiger die gewerbliche Verwertung seines patentierten Verfahrens zu gestatten[24].

3) Innerhalb eines bestimmten Umkreises der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers niemandem die gleiche Fabrikation zu erlauben und gegen Zuwiderhandelnde auf Grund des Patentrechts vorzugehen[25].

Als Entgelt wurde in diesen Verträgen die einmalige Anzahlung einer festen Summe und außerdem auf die Dauer von zwölf Jahren vom Vertragsabschluss an (eine Frist, die mit der Dauer des Mitscherlich'schen Patentes nichts zu thun hatte) die Zahlung gewisser Prozente von dem Bruttogewinn aus dem Jahresumsatz an Cellulose vereinbart.

Noch vor seinem naturgemäßen Ende wurde das M.'sche Patent angefochten und durch Urteil des Reichsgerichts vom 28. Oktober 1884 für nichtig erklärt. Daraufhin haben so ziemlich alle Gläubiger mit der Begründung, dass dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden sei, die Zahlung der bedungenen Gegenleistung verweigert, so dass sich Prof. M. genötigt sah, im Wege der Klage seinen Anspruch auf das Entgelt zu verfolgen.

Die Rechtslage, wie sie durch die Nichtigkeitserklärung des Patentes geschaffen wurde, war nun offenbar folgende: Dem Schuldner M. war durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand (so war die Vernichtung des Patentes im konkreten Falle zu beurteilen) seine Leistung nachträglich teilweise unmöglich geworden[26]. Nur teilweise Unmöglichkeit lag vor, einmal, weil der Schuldner in der Zeit von 1879—1884 seinen Vertragspflichten nachgekommen, also nur für die Zeit von 1884—1891 sie zu erfüllen außer stande war;

nimmt locatio-conductio operarum an. Für die uns hier interessierenden Fragen ist die Kontroverse ohne Belang.

[24] Sogen. patentrechtlicher Licenzvertrag. Über dessen Wesen und Inhalt vgl. außer Schall a. a. O. Bd. 72 S. 130 noch Klöppel, Der Licenzvertrag (Ausgewählte Doktordissertationen der Leipziger Juristenfakultät, 1896) und Munck, Die patentrechtl. Licenz (Berlin 1897).

[25] Sogen. Monopolisierungsversprechen.

[26] Dass es sich um einen Fall nachträglicher und nicht etwa anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung handelte, darüber richtig Schall a. a. O. Bd. 72 S. 154 fg. und Reichsgericht, Entscheid. Bd. 17 S. 53 und Bd. 20 S. 130.

und ferner, weil auch für die Zukunft durch die Nichtigkeitserklärung nicht alle obengedachten Leistungen unmöglich gemacht waren, indem unmittelbar davon nur die unter 2) erwähnte Leistung betroffen wurde, während die unter 1) aufgeführte überhaupt, die unter 3) verzeichnete wenigstens zum Teile von ihr unberührt blieb.

Nach gemeinem Rechte, welchem der Fall M. unterstand, war es zunächst fraglich, welche Partei die Gefahr der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung tragen sollte. Nach der dort herrschenden und richtigen Ansicht (und ebenso nach B. G. B.) war sie dem Schuldner M. aufzuerlegen. Letzterer konnte also die Gegenleistung nur in einer dem noch möglichen Teile der Leistung entsprechenden Höhe fordern. Die Frage nach dem Beweis der teilweisen Unmöglichkeit spielte keine Rolle, weil diese angesichts der höchstrichterlichen patentrechtlichen Entscheidung notorisch und gerichtskundig war. Es hing somit im wesentlichen das Schicksal der Prozesse von dem Wertverhältnis ab, in welches man den möglich gebliebenen Teil der Leistung zu der ursprünglich stipulierten Leistung zu setzen hatte.

Und darauf stellten denn in letzter Linie auch die erkennenden Gerichte alles ab. Aber sie erblickten darin eine Frage der Beweislastverteilung, und da der Beweis der Höhe des Wertunterschieds sich nicht erbringen ließ, indem die Sachverständigen, die gefragt wurden, sich teils völlig außer stande erklärten, die an sie gerichtete Frage zu beantworten, teils zu den widersprechendsten Ergebnissen gelangten, so mussten in den einzelnen angestrengten Prozessen die Urteile verschieden ausfallen, je nachdem der Schuldner Mitscherlich oder die auf die Gegenleistung verklagten Gläubiger für beweispflichtig erklärt wurden. In dem ersteren Falle musste das Erkenntnis dahin lauten, dass Prof. M. mit der erhobenen Klage abzuweisen sei, weil er nicht beweisen könne, wie viel er, nachdem ihm seine Leistung teilweise unmöglich geworden war, von der Gegenleistung noch zu fordern habe[27]. Entsprechend mussten im andern Falle die Gläubiger, die nicht

[27] So die Entscheidung des O. L. G. Stuttgart, die vom VI. Civil-Senat des Reichsgerichts bestätigt wurde.

beweisen konnten, um wieviel sich ihre Gegenleistung gemindert habe, zur Zahlung des ganzen vereinbarten Entgelts verurteilt werden.

Nach dem oben Gesagten ist klar: mit der beigegebenen Begründung ist weder das eine noch das andere Urteil haltbar. Nachdem einmal feststand, dass und in welchem Umfang dem Schuldner M. seine Leistung unmöglich geworden war, hatte der Richter von sich aus die Summe zu bestimmen, um welche die Gegenleistung des Gläubigers herabzusetzen sei. Mangelte es ihm zur Abgabe einer solchen Entscheidung an der nötigen Sachkenntnis, so hatte er geeignete Experten zu befragen. Vermochten diese nicht, die erbetene Auskunft zu erteilen, so musste er nach eigenem Ermessen die Höhe der Gegenleistung bestimmen. War er der Überzeugung, dass trotz der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung der Wert der schuldnerischen Leistung um nichts gemindert sei (und im Hinblick auf den von M. geheim gehaltenen Teil des Verfahrens lag dieser Schluss ziemlich nahe), so konnte er ausnahmsweise die Gläubiger zur Bewirkung der vollen Gegenleistung verurteilen.

Hingegen war bei dem vorliegenden Thatbestand ein klagabweisendes Urteil unter allen Umständen ein Unding. Denn dass zufolge der teilweisen Unmöglichkeit der mögliche Teil der M.'schen Leistung nicht wertlos geworden war, ergab sich für die Zukunft aus dem eben erwähnten Geheimverfahren; für die Vergangenheit lehrte es der Augenschein, indem viele der Fabrikanten mit Hülfe des M.'schen Patentes Millionäre geworden waren. Aus diesem Gesichtspunkt also ließ sich eine denegatio actionis nicht rechtfertigen. Die Klage aber wegen nicht erbrachten Beweises abzuweisen, war deshalb nicht angängig, weil im Prozesse nichts mehr übrig war, was Gegenstand des Parteibeweises hätte sein können. Aber selbst wenn in Ansehung der Veränderung, die der Inhalt des Schuldverhältnisses durch die teilweise Unmöglichkeit der Leistung erlitten hatte, eine beweisbedürftige Thatsache übrig gewesen wäre, so hätte bezüglich ihrer die Beweispflicht keinesfalls den Schuldner M., sondern zweifellos die Gläubiger getroffen, die der Klage des Schuldners auf die Gegenleistung die Einrede des nicht erfüllbaren Vertrages entgegenstellten.

II.

Trotz Unmöglichkeit der eigenen Leistung behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die Unmöglichkeit:

entweder ihren Grund hat in einem vom Gläubiger zu vertretenden Umstand (§ 324 Abs. 1 Satz 1);

oder zwar weder vom Schuldner noch vom Gläubiger zu vertreten ist, ihr Eintritt aber zu einer Zeit erfolgt, wo der Gläubiger im Verzug der Annahme ist (§ 324 Abs. 2)[28].

In diesen Fällen muss der Gläubiger die vereinbarte Gegenleistung bewirken, ohne Rücksicht darauf, ob ihm selbst etwas aus dem Schuldverhältnis geleistet wird oder nicht[29].

Der § 324 enthält nur dispositives Recht. Die Parteien können also den Wegfall des Anspruchs auf die Gegenleistung auch in den hier gedachten Fällen vereinbaren. Bisweilen wird sich eine solche stillschweigende Vereinbarung zufolge der Natur des Schuldverhältnisses von selbst verstehen. So hat derjenige, der in einem Mäklervertrag die Vermittelung eines Rechtsgeschäfts übernimmt, das ein Anderer abzuschließen gewillt ist, nach § 652 Anspruch auf Zahlung der vereinbarten oder taxmäßigen Mäklergebühr nur dann, wenn das Geschäft, dessen Zustandekommen er vermitteln soll, wirklich abgeschlossen wird. Macht nun der Auftraggeber selbst dessen Abschluss durch nachträgliche Änderung der Dispositionen unmöglich, so kann der Mäkler nicht etwa auf Grund des § 324 das proxeneticum einklagen. Denn in der Regel begiebt sich derjenige, der einen Mäklervertrag eingeht, nicht seines freien Entschließungsrechts in

[28] Dabei mag daran erinnert werden, dass der Schuldner während des Annahmeverzugs des Gläubigers nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat.

[29] Es ist nicht notwendig, dass der Gläubiger ganz leer ausgeht, denn er kann bei teilweiser Unmöglichkeit die Bewirkung des möglichen Teiles der Leistung, bei totaler Unmöglichkeit der Erfüllung unter Umständen die Herausgabe des stellvertretenden commodum verlangen, da an sich die Anwendbarkeit des § 281 weder durch eine culpa des Gläubigers noch durch dessen Annahmeverzug ausgeschlossen wird.

Betreff des ins Auge gefassten, vom Mäkler zu vermittelnden Geschäfts[30].

Der § 324 steht der Möglichkeit nicht im Wege, dass der Schuldner neben seinem Anspruch auf die Gegenleistung noch einen außerkontraktlichen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Gläubiger hat. Zwar wird in der Regel sein Schaden durch die Gegenleistung gedeckt sein, wenn es sich um Entäußerungsverträge handelt[31]. Hingegen wird da, wo der Inhalt des Vertrags nur auf Gebrauchsüberlassung gerichtet ist, das vom Gläubiger zu entrichtende Entgelt den Schaden des Schuldners fast niemals aufwiegen.

Das dem Schuldner aus § 324 erwachsende Recht, trotz eigener Nichtleistung die ganze Gegenleistung zu fordern, führt da zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des Schuldners, wo dieser zufolge der Unmöglichkeit etwas erspart (z. B. Transportkosten, die er zu tragen, Zuthaten, die er zu liefern hatte; Arbeitslohn für Hülfspersonen, deren er zur Bewirkung der Leistung bedurft hätte; eigene Arbeitskraft, die er hätte in den Dienst des Gläubigers stellen müssen, und die nun frei für ihn wird, so dass er sie anderweit zu Erwerbszwecken verwenden kann). Hier würde die volle Gegenleistung für ihn einen Gewinn bedeuten, zu welchem ihm zu verhelfen der Gläubiger keine Veranlassung hat. Darum bestimmt § 324 Abs. 1 Satz 2, dass sich der Schuldner dasjenige anrechnen lassen muss, „was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt“[32]. Böswillig aber ist noch nicht jede vorsätzliche Unterlassung ander-

[30] Vgl. das Urteil des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 853; ferner Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 432 fg. (daselbst weitere Litteratur und Judikatur) und S. 497 fg. und Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 40.

[31] Aber auch hier ist es denkbar, dass neben der Gegenleistung noch ein zu ersetzender Schaden übrig bleibt, z. B. wenn der Schuldner durch die vom Gläubiger verschuldete Zerstörung der Sache die Nutzungen der Zwischenzeit einbüßt.

[32] Besteht die vom Gläubiger zu entrichtende Gegenleistung nicht in Geld, so muss, wie Planck II S. 101 mit Recht bemerkt, die (oben S. 169 besprochene) Vorschrift des § 473 zur entsprechenden Anwendung gebracht werden.

weiten Erwerbs, sondern nur diejenige, die lediglich der Absicht entspringt, den Gläubiger zu schädigen. Hat also der Schuldner guten Grund, eine sich ihm bietende Arbeitsgelegenheit auszuschlagen, so greift die Gleichstellung des unterlassenen mit dem gemachten Erwerb nicht Platz. —

Was schließlich die Verteilung der Beweislast angeht, so ist es nach dem unter I 4 Gesagten selbstverständlich, dass auch hier, wenn der vom Schuldner auf die Gegenleistung verklagte Gläubiger einwendet, die Leistung sei dem Schuldner unmöglich geworden, der Beweis der Unmöglichkeit der Leistung vom Gläubiger zu erbringen ist. Hingegen erscheint es fraglich, ob, wenn jetzt der Schuldner repliziert, er sei trotzdem zur Forderung der Gegenleistung berechtigt, weil die Voraussetzungen des § 324 vorlägen, er, der Schuldner, ihr Vorhandensein oder der Gläubiger ihr Nichtvorhandensein zu beweisen habe. Da sich der § 324 als eine Ausnahme darstellt von der in § 323 ausgesprochenen Regel, dass mit der Leistung auch die Gegenleistung entfällt, so ist es nur logisch (übrigens auch durchaus billig), wenn man dem Schuldner den Beweis dafür auferlegt, dass er trotz Unmöglichkeit der eigenen Leistung berechtigt ist, die Gegenleistung zu fordern. Er hat also darzuthun, dass die Unmöglichkeit der Leistung durch einen vom Gläubiger zu vertretenden Umstand, oder dass sie, ohne dass dabei ein von ihm selbst zu vertretender Umstand mitgewirkt hat, zu einer Zeit eingetreten ist, wo sich der Gläubiger im Annahmeverzug befand[33]. Sache des letzteren würde es sein, zu beweisen, dass er trotzdem nicht zur Bewirkung der vollen Gegenleistung verpflichtet ist, weil der Schuldner infolge der Befreiung von seiner Verbindlichkeit Ersparnisse gemacht bezw. seine Arbeitskraft anderweit zu verwerten böswillig unterlassen hat. Hingegen kann man eine ziffermäßig genaue Angabe, wie viel er von seiner Gegenleistung abzuziehen berechtigt ist, auch hier vom Gläubiger nicht verlangen. Denn in der Regel ist er gänzlich außer stande, darüber eine bis auf Heller und Pfennig stimmende Rechnung vorzulegen. Es bleibt vielmehr in letzter Linie wieder Sache

[33] Anderer Meinung, soviel ich sehe, nur Schollmeyer, Kommentar S. 197 fg.

des Richters, wenn sich über die Höhe des Abzugs eine Einigung zwischen den Parteien nicht erzielen lässt, jene nach eigenem freien Ermessen zu bestimmen[34].

III.

1. Ist dem Schuldner die Leistung gänzlich unmöglich geworden zufolge eines Umstands, den er zu vertreten hat, so wandelt sich, wie wir oben in § 7 gesehen haben, die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung in die Verpflichtung zu entsprechendem Geldersatz um. Da sich hierdurch der Umfang der schuldnerischen Verbindlichkeit nicht ändert (denn der Schadensersatz stellt das volle juristische Äquivalent der ursprünglichen Leistung dar), so ändert sich zunächst auch an dem Umfang der vom Gläubiger zu entrichtenden Gegenleistung nichts. Es kann also im Falle einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung keine Rede davon sein, dass der Gläubiger ipso jure von der Verpflichtung zur Gegenleistung frei wird. Vielmehr besteht hier an und für sich die Verbindlichkeit des Gläubigers zur Zahlung des Entgelts auch nach Eintritt der Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung unverändert fort[35]. Das Gesetzbuch giebt ihm aber eine Reihe von facultates alternativae an die Hand, mittelst deren er sich seiner Gegenleistungspflicht entschlagen kann:

[34] Die gesetzliche Handhabe findet sich in § 287 C. P. O., dessen extensive Auslegung hier sicherlich am Platze ist.

[35] Unrichtig ist die Bemerkung von Cosack I S. 336: (Der Gläubiger könne Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern); „dabei brauche er die ihm obliegende Gegenleistung **nicht** als Gegengabe zu bieten, müsse aber natürlich das, was er durch Unterlassung der Gegenleistung erspare, von seiner Ersatzforderung abrechnen“. Wenn der Schuldner bei seinen Vertragspflichten festgehalten wird, so ist es undenkbar, dass der Gläubiger ihrer für ledig erklärt wird. Denn bei einem gegenseitigen Vertrag haben die Parteien ihre Verbindlichkeiten Zug um Zug zu erfüllen. Richtig Planck II § 325 unter 1 a; Dernburg a. a. O. S. 215. Die falsche Auffassung Cosacks vom § 325 hat bei ihm zu den weiteren Irrtümern in § 123 (Anm. 20) und § 130 (Anm. 3) a. a. O. geführt. Vgl. auch sein Lehrbuch des Handelsrechts (4. Aufl.) S. 20 und die hier einschlagenden, teils richtigen, teils falschen, Bemerkungen von Kaufmann, Oswalt und Götte im Sprechsaal der Deutschen Juristenzeitung 4. Jahrgang (1899) S. 152, 213 und 399.

a) Der Gläubiger kann erklären, dass er den Schadensersatz nicht haben, sondern es so ansehen wolle, als sei die Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstands unmöglich geworden. Dadurch kann er sich

α) entweder von seiner Gegenleistungspflicht gänzlich befreien; oder

β) er kann, indem er lediglich das stellvertretende commodum verlangt, sie wenigstens insoweit mindern, als das commodum hinter dem Werte der ursprünglichen Leistung zurückbleibt. Hat er eine hiernach nicht geschuldete Gegenleistung bereits bewirkt, so kann er sie nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung vom Schuldner zurückverlangen (§ 325 Abs. 1 Satz 3 in Vbd. mit § 323).

Das Resultat ist also hier ganz das nämliche, wie oben unter I, wo die Unmöglichkeit der Leistung weder vom Gläubiger noch vom Schuldner zu vertreten war, und es kommen auch in Ansehung aller Einzelheiten die dort entwickelten Regeln hier zur entsprechenden Anwendung. Nur in einem wichtigen Punkte besteht zwischen dem Wegfall der Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung nach § 323 und demjenigen auf Grund des § 325 Abs. 1 Satz 3 ein tiefgreifender Unterschied: während dort der Gläubiger von seiner Verbindlichkeit ipso jure frei wurde, wird er hier ihrer erst dadurch ledig, dass er erklärt, von ihr frei sein zu wollen. Hier ist also die Verteidigung des auf die Gegenleistung verklagten Gläubigers: er brauche nicht zu leisten, weil der klagende Schuldner seine Leistung nicht bewirken könne, nicht nur eine Einwendung, sondern eine Einrede im technischen Sinne (vgl. oben S. 172).

b) Der Gläubiger kann sich seiner Verpflichtung zur Gegenleistung dadurch entschlagen, dass er vom Vertrage zurücktritt (§ 325 Abs. 1 Satz 1). Das praktische Ergebnis scheint hier dasselbe zu sein, wie unter a), indem auch hier der Gläubiger nichts bekommt und nichts hinzugeben braucht. Allein es besteht zwischen den Rechten des Gläubigers zu a) und b) eine doppelte Verschiedenheit:

Da auf das dem Gläubiger in § 325 eingeräumte gesetzliche Rücktrittsrecht die für das vertragsmäßige Rücktritts-

recht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 (also die oben in § 8 S. 153 ff. dargestellten Rechtssätze) entsprechend anzuwenden sind (§ 327 Satz 1), so kann der Gläubiger eine etwa schon bewirkte Gegenleistung, wenn er von dem unter b) gedachten Rechte Gebrauch macht, nach den strengeren Grundsätzen des § 347 zurückverlangen[36], während er mit Hilfe der unter a) erwähnten Befugnis solche nur aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung wieder bekommt, unter Umständen also weniger zurückerhält, als er hingegeben hat.

Ferner: macht der Gläubiger von dem unter a) aufgeführten Rechte Gebrauch, so kommt dadurch das Schuldverhältnis als solches nicht zum Erlöschen, sondern der Gläubiger reduziert nur seinen Inhalt, während die Obligation an sich weiter fortbesteht. Hingegen durch Geltendmachung des Rechtes unter b) schafft der Gläubiger das Schuldverhältnis als solches aus der Welt; es wird durch die Rücktrittserklärung nach rückwärts hin aufgehoben (§§ 346, 349). Das ist nicht nur von theoretischer Bedeutung. Denn aus dem Gesagten folgt, dass der Gläubiger, der vom Vertrag zurücktritt, aus dem ehemaligen Schuldverhältnis keinerlei Rechte mehr ableiten kann[37]. Der Gläubiger aber, der das unter a) gedachte Recht geltend macht, erklärt nur, dass er die beiderseitige Erfüllung des Vertrags nicht wolle. Dadurch ist er aber nicht gehindert, Ersatzansprüche geltend zu machen, die ihm aus einem anderweiten vertragswidrigen Verhalten des Schuldners erwachsen sind und die ihn, weil sie sich überhaupt nicht als ein Äquivalent für die geschuldete Leistung darstellen, von selbst zu keinerlei Gegenleistung verpflichten. So kann z. B. der Gläubiger, auch wenn er von der unter a) erwähnten Befugnis Gebrauch macht,

[36] Insbesondere bekommt er eine ausgezahlte Geldsumme unter allen Umständen verzinst.

[37] Er kann also, falls nicht das Gegenteil vereinbart worden ist, auch eine im Vertrag ausbedungene Konventionalstrafe nicht einfordern. Nur eine vom Schuldner hingegebene Draufgabe darf er nach der positiven Bestimmung des § 338 behalten. An und für sich denkbar wäre es, dass dem Gläubiger nach erfolgtem Rücktritt ein außerkontraktlicher Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses d. h. auf Ersatz desjenigen Schadens zustände, den er dadurch erlitten hat, dass von dem Vertrag überhaupt die Rede war. De lege lata steht aber dem Gläubiger auch ein solcher Anspruch nicht zu.

denjenigen Schaden vom Schuldner ersetzt verlangen, den er dadurch erlitten hat, dass letzterer ihm nicht rechtzeitig vom Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung Mitteilung gemacht hat[38]. —

Den Beweis, dass er zur Geltendmachung der unter a) und b) gedachten Rechtsbehelfe befugt ist, hat auch hier der Gläubiger zu führen, welcher der Klage des Schuldners die Einrede des nicht erfüllbaren Vertrags entgegenstellt. Er muss also darthun, dass dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden ist[39]. Hingegen braucht er nicht zu beweisen, dass die Unmöglichkeit durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand eingetreten ist: für die Fälle unter a) deshalb nicht, weil es hier ganz gleichgültig ist, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten oder nicht zu vertreten hat; für die Fälle unter b) nicht, weil der § 282 die allgemeine Bestimmung enthält: „Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner“[40].

2. Im Falle teilweiser vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit hat letzterer, wie wir in § 8 II sahen, den möglichen Teil der Leistung zu prästieren und statt des unmöglichen Teiles Schadensersatz zu leisten. Hat die teilweise Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse, so kann er unter Ablehnung des möglichen Teiles Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen[41]. Da sich in allen diesen

[38] Es wäre dies eine Art von kontraktlichem negativen Schädenanspruch. Vgl. oben § 5 der Darstellung S. 96 und § 6 S. 115.

[39] Den Beweis der Unmöglichkeit der Leistung kann sich der Gläubiger hier ebenso, wie oben in § 7 II dadurch ersparen, dass er den durch § 283 vorgezeichneten Weg einschlägt: vgl. § 325 Abs. 2 des Gesetzbuchs und unten im Texte Ziffer 3. Ja, der Gläubiger bedarf hier zur Fristsetzung nicht einmal eines rechtskräftigen Urteils. Auch ohne solches vermag er sich gegen die ihn treffende Beweislast zu schützen, einfach dadurch, dass er sich gar nicht auf die Unmöglichkeit der Leistung, sondern lediglich auf den Verzug des Schuldners beruft: vgl. § 326 B. G. B. und dazu unten S. 189/90.

[40] Vgl. oben § 6 II. — Die Geltung des § 282 auch für die Fälle des § 325 wird geleugnet, aber zu Unrecht, von Schollmeyer in seinem Kommentar S. 197 unter 3. So wie hier: Beckh, die Beweislast nach dem B. G. B. S. 231 fg.; Endemann I § 127 II unter 4; Planck II S. 99; Mayring, Kommentar S. 78 unter 6.

[41] Dieser bereits in § 280 Abs. 2 ausgesprochene Satz ist in § 325 wiederholt worden. Da es sich in den §§ 323 ff. nicht um den Einfluss

Fällen der Umfang der schuldnerischen Leistungspflicht nicht mindert, so bleibt auch hier der Gläubiger grundsätzlich zur Entrichtung der vereinbarten Gegenleistung verpflichtet. Indessen kann er sich auch hier von dieser Gebundenheit befreien, indem er

a) erklärt, nicht den Schadensersatz, sondern nur die teilweise Erfüllung gegen Entrichtung der entsprechend geminderten Gegenleistung haben zu wollen (§ 325 Abs. 1 Satz 3 in Vbd. mit § 323 Abs. 1 zweiter Halbsatz)[42]. Hat die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse, so kann er sich seiner Verpflichtung zur Gegenleistung gänzlich entschlagen, indem er erklärt, vom Schuldner gar nichts haben zu wollen[43]. Hingegen bleibt er zur Leistung des entsprechenden Entgelts wiederum verpflichtet, wenn er, wozu er ebenfalls berechtigt ist, lediglich die Herausgabe des stellvertretenden commodum verlangt, das der Schuldner infolge der teilweisen Unmöglichkeit erhalten hat (§ 325 Abs. 1 Satz 3 in Vbd. mit § 323 Abs. 2).

b) Der Gläubiger kann, wenn die teilweise Erfüllung für

der Unmöglichkeit der Leistung auf die Verbindlichkeit des Schuldners, sondern nur um ihren Einfluss auf die Gegenleistung des Gläubigers handelt, so wirkt diese Wiederholung störend. Zwar betonen die Kommentare im Anschluss an eine in den Protokollen II S. 63 sich findende Bemerkung mit besonderer Vorliebe, dass der Unterschied zwischen § 280 Abs. 2 und § 325 Abs. 1 Satz 2 darin zu finden sei, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes dort dem Gläubiger das Interesse an der teilweisen „Leistung", hier an der teilweisen „Erfüllung des Vertrags" fehlen müsse, und dass es bei dem Interesse an der teilweisen Leistung nur auf diese selbst, bei dem Interesse an der teilweisen „Erfüllung" auf die Leistung im Vergleich zur Gegenleistung ankomme. (Vgl. den Bericht von Jecklin in Gruchots Beiträgen Bd. 36 S. 875; ferner Planck II S. 103 unter 3 e; Oertmann, Kommentar S. 74 unter 5 und Schollmeyer, Kommentar S. 208 unter c.) Ich kann mir nicht denken, dass, wenn der gedachte Passus keine Aufnahme in den § 325 gefunden hätte, die Praxis das „Interesse" des Gläubigers an der teilweisen Leistung im Falle des gegenseitigen Vertrags anders, als unter Berücksichtigung der von ihm zu entrichtenden Gegenleistung bestimmt haben würde.

[42] Die Gegenleistung mindert sich hier also ope exceptionis, nicht, wie im Falle des § 325, ipso jure. Vgl. das soeben unter 1 Gesagte.

[43] Diese Befugnis ergiebt sich aus Satz 3 des Abs. 1 des § 325 in Vbd. mit Satz 2 desselben Absatzes. War die mögliche Teilleistung bereits bewirkt, so muss der Gläubiger mit Rücksicht auf die hier analog anzuwendende Vorschrift des § 280 Abs. 2 von dem sogleich unter b zu erwähnenden Rücktrittsrecht Gebrauch machen.

ihn kein Interesse hat, vom ganzen Vertrag zurücktreten (§ 325 Abs. 1 Satz 2)[44]. Fraglich erscheint es, ob da, wo der Gläubiger ein Interesse an der Teilleistung hat, ein teilweiser Rücktritt vom Vertrag zulässig ist. Die Frage dürfte weder schlechthin zu bejahen, noch schlechthin zu verneinen sein[45]. Sondern man wird am richtigsten gehen, wenn man ein teilweises Rücktrittsrecht unter den Voraussetzungen zulässt, unter denen das alte Handelsgesetzbuch in Art. 359 ein teilweises Abgehen vom Vertrag gestattete, also nur dann, wenn sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrags, aus der Absicht der Kontrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstands ergiebt, dass die Erfüllung des Vertrags auf beiden Seiten teilbar ist[46].

Anlangend die Beweislast, so hat wiederum der Gläubiger, der behauptet, dass sich in Ansehung seiner Verpflichtung zur Gegenleistung etwas geändert habe, gemäß den wiederholt entwickelten Grundsätzen die teilweise Unmöglichkeit der Leistung, eventuell sein mangelndes Interesse an der Teilleistung, nicht hingegen auch die culpa des Schuldners zu beweisen. —

Die eben gemachten Ausführungen gelten auch für die zeitweise Unmöglichkeit der Leistung d. h. in diesem Zusammenhang: für die Fälle des Verzuges[47]. Auch hier bleibt der Gläubiger prinzipiell, wenn er die nachträgliche Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung bezw. bei mangelndem Interesse Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangt, zur Entrichtung der vollen Gegenleistung verpflichtet[48]. Aber auch hier kann er:

a) erklären, dass er Schadensersatz nicht wolle, sondern dass er nur die nachträgliche Erfüllung wünsche und die

[44] Über die praktische Verschiedenheit dieses und des unter a gedachten Rechtes vgl. das soeben unter 1 Gesagte.

[45] Ersteres geschieht von Stammler a. a. O. S. 130 fg. und von Schollmeyer, Kommentar S. 209 unter c.

[46] Die Protokolle II S. 64 sagen mit Recht, „es sei Frage des einzelnen Falles, ob eine teilbare Leistung in der Weise vorliege, dass sich ein teilweiser Rücktritt vom Vertrag ermöglichen lasse.“

[47] Von ihnen handelt der § 326 des Gesetzbuchs. Über das Verhältnis der Begriffe „Verzug“ und „Unmöglichkeit der Leistung“ vgl. oben § 2 S. 41 fg. Beachte insbes. Anm. 13 daselbst.

[48] Über die unrichtige Ansicht von Cosack vgl. oben Anm. 35.

Gegenleistung um so viel mindere, wie die verspätete Leistung hinter der pünktlichen an Wert zurückbleibe; falls die verspätete Erfüllung für ihn kein Interesse hat, kann er sagen, dass er überhaupt nichts haben, und infolgedessen auch nichts leisten wolle[49];

b) wenn die nachträgliche Erfüllung kein Interesse für ihn hat, kann er statt dessen auch vom ganzen Vertrag zurücktreten (§ 326 Abs. 2)[50].

Soweit in den Fällen a) und b) der Gläubiger zu beweisen hat, dass die nachträgliche Leistung des Schuldners für ihn kein Interesse besitzt, kann er sich diesen Beweis zufolge § 326 dadurch sparen, dass er dem säumigen Schuldner (ohne dass es erst eines rechtskräftigen Urteils bedürfte) zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung setzt, dass er nach Ablauf der Frist die Erfüllung ablehne[51]. Hat der Schuldner dann bis zum Ablauf der Frist die Leistung nicht bewirkt, so kann der Gläubiger, wenn er nur die Thatsache der Fristsetzung beweist, ohne weiteres entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit gegen Entrichtung seiner Gegenleistung verlangen, oder erklären, dass er vom ganzen Vertrag zurücktrete, oder lediglich geltend machen, dass er vom Schuldner nichts haben, aber seinerseits

[49] Diese Befugnis findet sich in § 326 zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, indem hier der § 323 nicht wie in § 325 mit berufen ist. Da sie indessen gegenüber dem dem Gläubiger eingeräumten Rücktrittsrecht das minus darstellt, so muss sie diesem nach dem argumentum a maiori zuerkannt werden.

[50] Auch hier ist des oben in § 8 am Schlusse von I und II erörterten Falles zu gedenken, wo die Parteien eine nur zeitweise Unmöglichkeit der Leistung für eine dauernde halten. Erklärt in solchem Falle der Gläubiger auf Grund von § 325 Abs. 1 Satz 1 den Rücktritt vom Vertrag und zeigt sich hinterher, dass dem Schuldner die Leistung nachträglich möglich ist, so kann, nach Analogie des in § 8 Gesagten, der Gläubiger bei dem erklärten Rücktritt nur stehen bleiben, wenn er beweist, dass die nachträgliche Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Andernfalls hat er ein Rücktrittsrecht überhaupt nicht besessen; die Rücktrittserklärung stellt sich vielmehr als zu Unrecht erfolgt d. h. als unwirksam heraus; sowohl Gläubiger wie Schuldner können daher auf nachträglicher Erfüllung des Vertrags bestehen.

[51] Wegen der Fristsetzung vgl. die oben in § 7 II bezüglich des § 283 gemachten Bemerkungen. Die Erklärung des Gläubigers, dass er nachträgliche Erfüllung verlange, bedeutet an sich noch keine Fristsetzung, begreift also nicht schon die Setzung einer „angemessenen“ Frist in sich.

auch nichts leisten wolle[52]. Dafür ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Hat der Schuldner bis zum Ablauf der Frist die Leistung nur teilweise nicht bewirkt, so muss der Gläubiger, wenn er ungeschmälert von diesen Befugnissen Gebrauch machen will, wiederum beweisen, dass die teilweise Erfüllung des Vertrages kein Interesse für ihn hat (§ 326 Abs. 1 Satz 3). Ohne diesen Beweis würden ihm die gedachten Rechte nur in Ansehung des nicht bewirkten Teiles der Leistung zustehen.

3. Wir haben oben in § 7 gesehen, dass der Gläubiger befugt ist, dem rechtskräftig verurteilten Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu setzen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne; dass er mit dem Eintritt dieses Moments seines Anspruchs auf die Natural-Erfüllung verlustig geht; dass er dafür aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern kann ohne Rücksicht darauf, ob dem Schuldner die Leistung noch möglich ist oder nicht. Auch hier bleibt natürlich der Gläubiger, wenn es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, grundsätzlich zur Bewirkung der Gegenleistung verpflichtet. Aber auch in diesem Falle ist es dem Gläubiger nachgelassen, sich seiner Verpflichtung auf die doppelte bisher gedachte Art zu entschlagen. Denn der Abs. 2 des § 325 bestimmt, dass die Rechte, die dem Gläubiger für den Fall nachgewiesener (gänzlicher oder teilweiser) Unmöglichkeit der Leistung auf Grund des Abs. 1 des § 325 verliehen sind, ihm auch im Falle des § 283 zu Gebote stehen, „wenn die Leistung bis zum Ablauf der Frist nicht bewirkt wird oder wenn sie zu dieser Zeit teilweise nicht bewirkt ist.“ Hiernach kann der Gläubiger im Falle des § 283 nach fruchtlosem Ablauf der von ihm gesetzten Frist:

a) dem Schuldner, der gar nichts geleistet hat, erklären, dass er den Schadensersatz nicht haben, also auch seinerseits nichts leisten wolle; bei teilweiser Nichtbewirkung der Leistung, dass er die Gegenleistung nur in der dem Werte der bewirkten Teilleistung entsprechenden Höhe zahlen werde[53]. Die etwa

[52] Vgl. oben Anm. 49.
[53] Wenn die bewirkte Teilleistung für den Gläubiger kein Interesse

schon bewirkte Gegenleistung kann er, je nachdem ganz oder teilweise, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen[54].

b) er kann statt dessen vom ganzen Vertrag zurücktreten und zwar bei gänzlichem Ausbleiben der Leistung ohne weiteres, bei nur teilweiser Nichtbewirkung der Leistung, wenn die bewirkte Teilleistung für ihn kein Interesse hat. Ob da, wo diese Voraussetzung nicht zutrifft, ein teilweises Rücktrittsrecht zulässig ist, richtet sich nach dem oben unter 2 Gesagten.

In den Fällen des § 283 ist es, wenn auch nicht sehr wahrscheinlich, so doch nicht undenkbar, dass die Nichtleistung des Schuldners innerhalb der gesetzten Frist auf einem Umstand beruht, der nach der Rechtskraft des Urteils eingetreten und dennoch vom Schuldner nicht zu vertreten ist[55]. In solchen Fällen ist er, wie § 283 Abs. 3 ausdrücklich bestimmt, zum Schadensersatz nicht verpflichtet. Somit ist beim gegenseitigen Vertrag nach dem Prinzip des § 323 auch der Gläubiger zu einer Gegenleistung nicht verbunden. Trotzdem behält er das ihm nach § 325 Abs. 1 und 2 zustehende Rücktrittsrecht; nur haftet in solchen Fällen der Schuldner in Ansehung seiner Verpflichtung zur Herausgabe einer bereits empfangenen Gegenleistung nicht nach den strengen Vorschriften des § 347, sondern nach den minder strengen Grundsätzen der condictio indebiti, denn es greift hier modifizierend der Satz 2 des § 327 ein, der bestimmt: „Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung“[56].

hat, muss er mit Rücksicht auf die hier analog anzuwendende Vorschrift des § 280 Abs. 2 zu dem sogleich zu erwähnenden Rücktrittsrecht greifen. Vgl. oben Anm. 43.

[54] Dass der Gläubiger nach Ablauf der Frist nicht mehr die Herausgabe eines etwa vom Schuldner erlangten stellvertretenden commodum verlangen kann, darüber vgl. oben § 7 Anm. 48.

[55] Vgl. § 6 der Darstellung bei Anm. 28.

[56] Abgesehen von dieser geminderten Haftung finden aber auch hier die Bestimmungen der §§ 346—356 entsprechende Anwendung. Das Geltungsgebiet des § 327 Satz 2 ist übrigens mit den oben gedachten Fällen nicht erschöpft. Vielmehr macht Stammler a. a. O. S. 146 mit Recht darauf aufmerksam, dass der § 327 auch in dem Falle Platz greift, wo der Gläu-

4. Was das Recht des Gläubigers angeht, unter den ihm in den §§ 325, 326 verliehenen Befugnissen zu wählen, so führen hier die für die facultates alternativae in Betracht kommenden Grundsätze[57] zu folgenden Ergebnissen:

a) Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er Schadensersatz wegen Nichterfüllung haben wolle, so ist er an diese Erklärung noch nicht gebunden. Er kann noch nachträglich von ihr abgehen und auf jedwede Leistung des Schuldners aus dem Vertrag verzichten (resp. sein Verlangen lediglich auf das stellvertretende commodum oder bei teilweiser Unmöglichkeit ausschließlich auf den möglichen Teil der Erfüllung richten) oder vom Vertrag zurücktreten[58]. Das gilt auch dann, wenn der Gläubiger sein

biger dem säumigen Schuldner nach § 326 oder nach § 283 eine Frist zur Bewirkung der Leistung setzt, und wo dem Schuldner, der wegen des Verzuges an sich für alle Umstände einzustehen hat, die Leistung durch ein Ereignis unmöglich wird, welches den Gegenstand derselben auch bei rechtzeitiger Erfüllung getroffen hätte, so dass der Schuldner die Nichtleistung innerhalb der gesetzten Frist trotz des Verzuges wegen des mangelnden Kausalzusammenhangs nicht zu vertreten hat. Auch hier würde der Gläubiger sein Rücktrittsrecht behalten, während er Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 287 Satz 2 verbunden mit § 286 Abs. 1 nicht hätte. — Mehr aber als die beiden hier besprochenen Anwendungsfälle dürften sich für den Satz 2 des § 327 nicht finden lassen. Unrichtig ist es, wenn man ihn auf die (oben unter I erwähnten) Fälle des § 361 anwenden will; so: Endemann I § 148 bei Anm. 22 (S. 661); Haidlen in seiner Ausgabe des B. G. B. I (1897) Anm. zu Satz 2 des § 327; offenbar auch Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung (Berlin 1899) S. 37.

[57] Vgl. unten § 10 Anm. 1.

[58] Anderer Meinung ist Planck II S. 102 fg. unter 2. Er will hier den, von den alternativen Obligationen handelnden, § 263 analog anwenden, also die Erklärung des Gläubigers, er fordere Schadensersatz, unwiderruflich sein lassen. Ganz abgesehen davon, dass es überhaupt nicht angängig sein dürfte, eine für die alternative Obligation gegebene Bestimmung ohne weiteres auf die facultates alternativae anzuwenden (vgl. unten § 10 a. a. O.), so erscheint es im vorliegenden Falle um so weniger angezeigt, als hier die Heranziehung des § 263 unbillige Härten für den Gläubiger im Gefolge hat. Denn klagt letzterer auf Schadensersatz, und sieht er im Laufe des Prozesses, dass der Richter den Schaden vermutlich geringer beziffern wird, als er es gethan hat, so muss er, wenn man ihn an seiner Erklärung festhält, die Gegenleistung auch gegen den ihm nicht genügenden Schadensersatz bewirken. Ja noch mehr. In der Regel wird der Gläubiger erst während des Prozesses von der Unmöglichkeit der Leistung erfahren. Dann bleibt ihm nur zweierlei übrig: entweder er verlangt die Verurteilung des Schuldners zum Schadensersatz. Alsdann ist er nach Planck an diese Erlärung gebunden, was, wie wir sahen, sehr hart für ihn ist. Oder er

Verlangen nach Schadensersatz gerichtlich geltend gemacht, ja selbst dann, wenn er ein den Schuldner verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis erstritten hat[59].

Hingegen ist das jus variandi des Gläubigers erloschen, wenn er den Schadensersatz ganz oder teilweise angenommen hat bezw. mit seiner Annahme in Verzug geraten ist[60]. Von nun an kann er sich seiner Verpflichtung zur Gegenleistung nicht mehr entschlagen. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner den Gläubiger auf die Gegenleistung verklagt hat und dieser rechtskräftig verurteilt worden ist, „Zug um Zug gegen Schadensersatz" das vereinbarte Entgelt zu zahlen[61].

b) Erklärt der Gläubiger nach Eintritt der Unmöglichkeit

sagt, dass er keinen Schadensersatz wolle bezw. vom Vertrag zurücktrete; dann wird er mit seiner Klage abgewiesen, muss also, obwohl der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat, die Prozesskosten tragen und es steht ihm, wenigstens beim Rücktritt vom Vertrag, kein Mittel zu Gebote, diese Kosten ersetzt zu bekommen. Der Gläubiger befindet sich also, wenn die Planck'sche Ansicht richtig ist, in einer Art Zwickmühle. Dem ist ohne weiteres abgeholfen, wenn man ihm das jus variandi bis zum Empfang des Schadensersatzes belässt. Dann kann er die Verurteilung des Schuldners zu letzterem petieren, dadurch die Prozesskosten, wie es billig ist, von sich abwälzen, ohne dass er hinterher verpflichtet wäre, den Schadensersatz gegen Bewirkung der Gegenleistung anzunehmen. Andrerseits erwachsen, wie des weiteren noch erhellen wird, dem Schuldner aus dem jus variandi des Gläubigers keine nennenswerten Nachteile. Beachte auch § 355 des B. G. B.

[59] Schollmeyer, Kommentar S. 206 fg. meint, mit der Rechtskraft des Urteils werde das Wahlrecht des Gläubigers hinfällig, denn es stehe nunmehr fest, „dass er die Gegenleistung und wogegen er sie zu machen habe". Das ist nicht richtig. Durch das Urteil steht nur fest, dass der Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn ihm der Gläubiger die Gegenleistung anbietet. Hingegen wird die Frage, ob der Gläubiger verpflichtet ist, den Schadensersatz gegen die Gegenleistung einzutauschen, oder ob er sich nicht noch seiner Verpflichtung zur Gegenleistung durch Verzicht auf den Schadensersatz entschlagen kann, von dem rechtskräftigen Urteil gar nicht berührt.

[60] Vgl. unten § 10 Anm. 1. Natürlich gerät der Gläubiger nicht in Annahmeverzug, wenn die Annahmeverweigerung die Geltendmachung von, dem Gläubiger noch wahlweise zustehenden, Befugnissen bedeutet, wenn er also gegenüber dem schuldnerischen Angebot erklärt, er verzichte (gemäß § 325 Abs. 1 Satz 3) auf jeden Schadensersatz bezw. er trete (nach § 325 Abs. 1 Satz 1) vom Vertrag zurück. Dann ist aber der Gläubiger, wie sich sogleich zeigen wird, an diese Erklärungen gebunden, sein Wahlrecht also aus anderem Grunde erloschen.

[61] Hier liegt der Fall anders als in Anm. 59!

der Leistung dem Schuldner, dass er den Rücktritt vom Vertrag wähle, so ist hier mit der Wahlerklärung das gewählte Recht auch verwirklicht (§ 349) und darum nach allgemeinen Grundsätzen das Wahlrecht des Gläubigers erloschen. Nur wenn der Gläubiger den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat, ohne sein Wahlrecht zu kennen, muss ihm der Widerruf der Erklärung gestattet sein. Er ist dann im stande, nachträglich noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern bezw. die Herausgabe des stellvertretenden commodum zu verlangen[62].

c) Erklärt der Gläubiger nach erhaltener Kenntnis von der Unmöglichkeit der Leistung dem Schuldner, dass er es so ansehen wolle, als sei die Unmöglichkeit durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand eingetreten, dass er, der Gläubiger also nichts haben, aber auch seinerseits nichts leisten wolle (§ 325 Abs. 1 Satz 3), so muss, weil auch hier zwischen der Wahlerklärung und der Realisierung der gewählten Befugnis (deren Inhalt lediglich in einem beiderseitigen Nichtleisten besteht) nicht unterschieden werden kann, bereits an die Abgabe der Erklärung das Erlöschen des Wahlrechts geknüpft werden[63]. Aber auch hier nach allgemeinen Grundsätzen nur insoweit, als der Gläubiger bei Abgabe der Erklärung von den ihm zustehenden facultates alternativae Kenntnis hatte. Wusste er nicht, dass er Schadensersatz fordern resp. vom Vertrag zurücktreten konnte, so darf er die Erklärung widerrufen und die übersehene Befugnis nachträglich noch geltend machen.

d) Erklärt der Gläubiger, dass er lediglich die Herausgabe des stellvertretenden commodum gegen Bewirkung der entsprechenden Gegenleistung verlange, so fallen, anders als bei b) und c), Erklärung der Wahlbefugnis und Verwirklichung des gewählten Rechtes nicht zusammen, und darum erlischt hier das jus variandi des Gläubigers nicht schon mit der Abgabe der Wahlerklärung. Vielmehr ist hier auf das unter

[62] Den Beweis der Unkenntnis seines Wahlrechtes hätte natürlich der Gläubiger zu führen.

[63] Im Resultat übereinstimmend Planck a. a. O., aber in der Begründung insofern abweichend, als er die Unwiderruflichkeit der Erklärung per analogiam aus § 263 folgert. Vgl. oben Anm. 58. Nicht ganz exakt infolge der schon früher bekämpften prinzipiell unrichtigen Auffassung der §§ 275, 281, 323 (vgl. oben S. 114/15): Schollmeyer, Kommentar S. 204 unter 4.

a) Gesagte zurückzugreifen. Darnach kann der Gläubiger, so lange er das commodum nicht erhalten hat bezw. in Ansehung seiner nicht in mora accipiendi verfallen ist[64], von der getroffenen Wahl noch abgehen und nach seinem Belieben entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren, oder erklären, dass er gar nichts haben wolle resp. dass er vom Vertrag zurücktrete.

4. Die Unmöglichkeit der Leistung bei alternativen Obligationen.

§ 10.

Eine alternative Obligation liegt nach § 262 des B. G. B. dann vor, wenn mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, dass nur die eine oder die andere zu bewirken ist[1].

[64] Vgl. Anm. 60.

[1] Die Leistungen sind, wie man gewöhnlich zu sagen pflegt, zwar sämtlich in obligatione, aber nur eine von ihnen ist in solutione. Grundsätzlich verschieden von diesen alternativen Obligationen sind die sogen. facultates alternativae. Bei ihnen ist prinzipiell nur eine Leistung geschuldet. Aber der Schuldner ist berechtigt, sich auch durch Leistung eines anderen als des eigentlich geschuldeten Gegenstands von seiner Verbindlichkeit zu befreien; bezw. der Gläubiger ist befugt, an Stelle der eigentlichen res debita einen anderen Gegenstand zu fordern, oder sonst irgendwie verändernd auf den Inhalt des Schuldverhältnisses einzuwirken. Zutreffend sagt man hier: es ist eine Leistung in obligatione, aber mehrere Leistungen sind in solutione. Vgl. zu der Unterscheidung Regelsberger in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 16 S. 159 ff. Das B. G. B. hat nun zwar für die alternativen Obligationen in den §§ 262—265 eine Reihe von Einzelbestimmungen betr. die Wahlausübung und den Einfluss der Unmöglichkeit der einen oder der anderen der wahlweise geschuldeten Leistungen auf das Schuldverhältnis getroffen, sich hingegen für die facultates alternativae, obwohl es solche, wie wir in den §§ 7—9 der Darstellung gesehen haben, in reichem Maße anerkennt, der Aufstellung entsprechender Vorschriften fast gänzlich enthalten (Ausnahmen in § 340 Abs. 1 Satz 2 und § 342 zweiter Halbsatz; vgl. oben § 7 S. 144 und § 8 S. 158). Da die Wesensverschiedenheit der beiden Institute die analoge Anwendung der für das eine erlassenen Rechtssätze auf das andere nicht schlechthin gestattet, so bleibt nichts anderes übrig, als für die facultates alternativae die fehlenden Bestimmungen aus der Natur der Sache abzuleiten. Und dabei ergiebt sich Folgendes: a) Unbillig wäre es, das jus variandi des Wahlberechtigten bereits mit der Wahlerklärung erlöschen zu lassen. Bei der alternativen Obligation hat dies seine

Für diese Art von Schuldverhältnissen bestimmt § 265, dass, wenn eine der Leistungen (nachträglich) unmöglich wird, „sich

gute Berechtigung. Bei der facultas alternativa hingegen hätte es die missliche Folge, dass, wenn die Wahl des Gläubigers auf den nur in solutione befindlichen Gegenstand fiele und dieser nachher durch Zufall unterginge, der Schuldner von jeder Leistungspflicht frei wäre, obwohl der eigentliche Gegenstand des Schuldverhältnisses recht wohl geleistet werden könnte. b) Hingegen muss das jus variandi zweifellos erlöschen, sobald die gewählte Befugnis realisiert ist, sobald also der wahlberechtigte Schuldner die gewählte Leistung bewirkt bezw. der wahlberechtigte Gläubiger sie angenommen hat. Darüber hinaus kann ein Wahlrecht ohne Gefährdung der Verkehrssicherheit keinesfalls anerkannt werden. Der vollständigen Bewirkung der Leistung muss in diesem Punkte die teilweise Bewirkung gleichgestellt werden. Zwar kann sich auch hier in Ansehung des restierenden Teiles das soeben unter a als unbillig bezeichnete Ergebnis herausstellen. Indessen hat sich dann der Gläubiger den Schaden, den er erleidet, selbst zuzuschreiben, da er ja nach § 266 Teilleistungen nicht anzunehmen braucht (vgl. den ähnlichen Standpunkt des Gesetzes in § 264 Abs. 1 zweiten Halbsatz). Der thatsächlichen Annahme der Leistung muss es gleichgeachtet werden, wenn der Gläubiger in Ansehung der gewählten Leistung in Annahmeverzug gerät. c) Wird eine der dem Gläubiger oder Schuldner wahlweise zustehenden Befugnisse ohne vorangegangene Wahlerklärung realisiert, so hat die Bewirkung bezw. Annahme der Leistung ein Erlöschen des Wahlrechts nur dann zur Folge, wenn in diesen Handlungen eine konkludente Erklärung der Wahl zu finden ist. Ist dies nicht der Fall, weil der Wahlberechtigte von der ihm zustehenden facultas alternativa gar nichts wusste, oder ihren Umfang nicht genau kannte (einerlei ob der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar, rechtlicher oder thatsächlicher Art war), so kann trotz der Bewirkung der Leistung das Wahlrecht nachträglich noch ausgeübt werden. Die bewirkte Leistung ist dann nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugeben. d) Ist eine der wahlweise zustehenden Befugnisse derartig, dass Wahlerklärung und Realisierung zusammenfallen (vgl. oben § 9 S. 193/4 unter b und c), so muss nach dem soeben unter b Gesagten das jus variandi schon mit der Erklärung erlöschen. e) Für den Fall, dass der wahlberechtigte Schuldner die ihm zustehende Wahl nicht vornimmt, wird hier in freier Anlehnung an den § 264 Abs. 1, aber unter steter Berücksichtigung der eigenartigen Natur der facultates alternativae zu sagen sein, dass der Gläubiger, sobald der Schuldner in Verzug ist, das Recht hat, auf Bewirkung der das eigentliche Schuldobjekt bildenden Leistung zu klagen, so dass dann mit der Rechtskraft des Urteils das jus variandi des Schuldners naturgemäß erlischt. f) Gerät der Gläubiger dadurch in Verzug, dass er die ihm zustehende Wahl nicht vornimmt, so hat ihn der Schuldner unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl aufzufordern. Nach Ablauf der Frist kann zwar hier nicht, wie bei den alternativen Obligationen (§ 264 Abs. 2), das Wahlrecht auf den Schuldner übergehen, wohl aber muss hier das Wahlrecht des Gläubigers erlöschen. Der Schuldner hat also von nun an nur den in obligatione befindlichen Gegenstand zu leisten. g) Wird eine der in Frage stehenden Leistungen unmöglich, so

das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen beschränkt.“ „Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.“

Ehe wir daran gehen, den § 265 auf die einzelnen bei seiner Auslegung in Betracht kommenden Fälle anzuwenden, ist es angezeigt, ein Dreifaches vorauszuschicken:

1) Der § 265 kommt nur dann in Frage, wenn die eine der wahlweise geschuldeten Leistungen unmöglich wird, bevor noch eine bindende Wahlerklärung erfolgt ist. Denn mit Abgabe der letzteren konzentriert sich das Schuldverhältnis auf die gewählte Leistung: diese gilt jetzt nach Abs. 2 des § 263 als die von Anfang an allein geschuldete. Wird also nunmehr die gewählte Leistung unmöglich, so greifen einfach die bisher dargestellten Grundsätze Platz, während das Unmöglichwerden der nicht gewählten Leistung naturgemäß überhaupt keinen Einfluss auf das Schuldverhältnis ausübt.

2) An dieser Stelle ist an das oben in § 2 Anm. 14 Gesagte zu erinnern, dass im Sinne des § 265 eine Unmöglichkeit der Leistung nicht bloß dann vorliegt, wenn die eine oder die andere der wahlweise geschuldeten Leistungen dem Schuldner total unmöglich geworden ist, sondern, dass die in § 265 gedachte Beschränkung des Schuldverhältnisses auch dann eintreten muss, wenn eine der geschuldeten Leistungen nur teilweise unmöglich geworden ist[2]. Der wahl-

ist zu unterscheiden: α) Hat der Gläubiger das Wahlrecht, so kann er sowohl die möglich gebliebene Leistung, als auch die unmöglich gewordene Leistung wählen, eventuell also, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, Schadensersatz verlangen bezw. die sonstigen ihm in § 325 verliehenen Rechte geltend machen. β) Hat der Schuldner das Wahlrecht, so kann er, wenn die lediglich in solutione befindliche Leistung unmöglich wird, diese keinesfalls mehr wählen. Seine facultas alternativa ist hier mit der Unmöglichkeit der Leistung gegenstandslos geworden: er hat unter allen Umständen den in obligatione befindlichen Gegenstand zu prästieren. Wird hingegen der letztere unmöglich, so ist deshalb der Schuldner nicht verpflichtet, nunmehr die noch in solutione befindliche Leistung zu wählen. Thut er es nicht, sondern wählt er die unmöglich gewordene Leistung, so ist er, jenachdem, entweder von jeder Leistungspflicht frei, oder dem Gläubiger nach den Grundsätzen der §§ 280, 325 verhaftet.

[2] Anderer Ansicht ist Schollmeyer in seinem Kommentar S. 71. Daselbst heißt es: „Die Konzentration wegen nachfolgender Unmöglichkeit

berechtigte Schuldner ist also im letzteren Falle nicht befugt, die nur zum Teil mögliche Leistung zu wählen, solange die übrigen Leistungen noch in vollem Umfang bewirkt werden können. Ebensowenig kann es, mit Rücksicht auf die von ihm zu prästierende Gegenleistung dem wahlberechtigten Gläubiger gestattet sein, in solchen Fällen die nur teilweise mögliche Leistung zu wählen. Aber weil hier die Gleichstellung der teilweisen mit der totalen Unmöglichkeit nur im Hinblick auf die vom Gläubiger zu entrichtende Gegenleistung erfolgt, so schwindet die Notwendigkeit solcher Gleichstellung dann, wenn die Rücksichtnahme auf die Gegenleistung wegfällt, sei es, weil ein Entgelt für die Leistung des Schuldners überhaupt nicht vereinbart ist, sei es, weil sich der Gläubiger erbietet, auch für die Teilleistung das volle vereinbarte Äquivalent zu zahlen. In diesen Ausnahmefällen kann also der Gläubiger auch die nur zum Teil mögliche Leistung wählen[3].

3) Wie schon bemerkt, konzentriert sich mit der Abgabe der Wahlerklärung das Schuldverhältnis auf die gewählte Leistung. Diese Konzentration des Schuldverhältnisses, wie sie der § 263 Abs. 2 vorsieht, ist von der Beschränkung des Schuldverhältnisses, die der § 265 anordnet, streng zu scheiden, denn sie haben gänzlich verschiedene Wirkung. Während die Konzentration des § 263 bewirkt, dass „die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt“, die nicht gewählte Leistung also für immer aus dem Nexus der Obligation austritt, ist die Folge der in § 265 angeordneten „Beschränkung“, wie sich im Verlauf der Darstellung wiederholt zeigen wird,

setzt voraus, dass die eine der alternativ geschuldeten Leistungen in ihrem ganzen Umfang unmöglich geworden ist.“ Hiernach muss, wie Schollmeyer selbst ausführt, der Gläubiger zufrieden sein, wenn er von dem wahlberechtigten Schuldner, dem die eine der geschuldeten Leistungen teilweise unmöglich geworden ist, den möglich gebliebenen Teil, eventuell noch Schadensersatz wegen des unmöglichen Teiles, im besten Falle Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit erhält, obwohl die übrigen der wahlweise geschuldeten Leistungen sämtlich noch möglich sind. Dieses unannehmbare Ergebnis läuft dem Zweck des § 265 geradeswegs zuwider. So, wie oben, schon nach gemeinem Rechte: Mommsen, Beiträge I S. 309 und Pescatore, Die sogenannte alternative Obligation (Marburg 1880) S. 201—230.

[3] Vgl. unten II 1 a und c (S. 207/8).

nur die, dass die unmögliche Leistung, solange die übrigen Leistungen möglich sind, ex electione ausscheidet d. h.: der Wahlberechtigte darf, solange noch andere mögliche Leistungen da sind, die unmögliche Leistung nicht wählen. Hingegen bleibt die unmögliche Leistung nach wie vor in obligatione, was von praktischer Bedeutung dann ist, wenn hinterher auch die anderen wahlweise geschuldeten Leistungen unmöglich werden. Alsdann wird sie nämlich wieder unbeschränkt wählbar[4]. —

Mit Hilfe der hier vorausgeschickten Sätze soll nunmehr den Konsequenzen, zu welchen der § 265 im einzelnen führt, nachgegangen werden. Dabei sind zuerst die Fälle behandelt, wo der Schuldner wahlberechtigt ist, und sodann die Fälle berührt, in welchen der Gläubiger das Wahlrecht hat.

I. Der Schuldner hat das Wahlrecht und es wird:

1. eine der wahlweise geschuldeten Leistungen ganz oder teilweise unmöglich.

a) Geschieht dies durch Zufall, so „beschränkt" sich gemäß § 265 das „Schuldverhältnis" auf die möglich gebliebenen Leistungen d. h. der Schuldner muss eine von den letzteren wählen. Er kann sich also weder darauf berufen, dass er gerade den untergegangenen Gegenstand leisten wollte und darum wegen unverschuldeter Unmöglichkeit von jeder Verbindlichkeit frei sei, noch ist er im stande, sich durch Leistung des Wertes der zufällig untergegangenen Sache zu liberieren[5].

[4] Vgl. unten I 2 und II 2. In der Litteratur ist der hier berührte Punkt fast durchweg übersehen, indem so ziemlich überall die Konzentration des § 263 und die des § 265 teils ausdrücklich, teils stillschweigend einander gleichgestellt werden. Vgl. u. a. Endemann I S. 511; Cosack I S. 293; Stammler a. a. O. S. 135; Mayring, Kommentar S. 26 unter III. Soviel ich sehe, findet sich nur in dem Kommentar von Schollmeyer auf die Verschiedenheit der beiden Arten von „Beschränkungen des Schuldverhältnisses" hingewiesen (§ 265 unter I 3). Doch findet Schollmeyer das wesentliche Unterscheidungsmerkmal darin, dass nach § 263 die Beschränkung rückwirkende Kraft habe, während sie nach § 265 ohne Rückziehung erfolge. Damit ist, wie aus den Bemerkungen im Texte erhellt, die Wesens verschiedenheit zwischen § 263 und § 265 noch nicht ausreichend gekennzeichnet.

[5] Letzteres war, wenigstens nach der herrschenden Ansicht, der Standpunkt des gemeinen Rechtes. Auf Grund der l. 47 § 3 D. de leg. I und der l. 95 § 1 D. de solut. 46, 3 nahm man an, dass sich bei alternativen Obli-

Der § 265 enthält aber nur dispositives Recht. Das Gesagte gilt darum nicht, wenn die Parteien das Gegenteil von ihm vereinbart haben. Eine stillschweigende Vereinbarung dieser Art dürfte beispielsweise in dem Falle anzunehmen sein, wo jemand, weil er eine Sache doppelt besitzt, einen der beiden Gegenstände, unter Aufdeckung des Beweggrunds, wahlweise an einen Dritten veräußert. Hier ist offenbar die alternative Verpflichtung des Schuldners von der fortdauernden Möglichkeit sämtlicher wahlweise geschuldeten Leistungen abhängig gemacht. Und darum wird hier allerdings, wenn die eine Sache durch Zufall untergeht, der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit[6].

b) Die eine Leistung wird unmöglich durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand. Dann gilt dasselbe wie unter a). In dem daselbst zuletzt gedachten Falle würde, vorausgesetzt dass sich die, die Beschränkung des Schuldverhältnisses ausschließende, Vereinbarung überhaupt auf die Fälle der verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung mit bezog, der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haben.

c) Die eine der geschuldeten Leistungen wird unmöglich durch einen vom Gläubiger zu vertretenden Umstand. Dann tritt nach § 265 Satz 2 eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die noch möglichen Leistungen nicht ein. Der Schuldner darf hier also auch die unmöglich gewordene Leistung wählen. Dann kann er zufolge § 324 jedenfalls die vereinbarte Gegenleistung beanspruchen. Er ist aber auch berechtigt, eine der möglich gebliebenen Leistungen zu be-

gationen durch zufälligen Untergang der einen Leistung das Schuldverhältnis in eine facultas alternativa verwandele, der zufolge der Schuldner an sich eine der möglich gebliebenen Leistungen zu bewirken habe, die ihm aber auch gestatte, sich durch Zahlung der aestimatio der unmöglich gewordenen zu befreien. So Windscheid II § 255 bei Anm. 13; Dernburg, Pand. II § 27 bei Anm. 11; Vangerow, Pandekten III (7. Aufl. 1869) S. 21; Mommsen, Beiträge I S. 310—312. Dagegen sucht die Regelung, wie sie das B. G. B. getroffen hat, schon für das gemeine Recht in Anspruch zu nehmen: Pescatore a. a. O. S. 201—230. Auf grundsätzlich anderem Standpunkt stand das preußische Recht: es gewährte in solchem Falle dem Gläubiger die Befugnis, vom Vertrag zurückzutreten. Vgl. § 33 A. L. R. I, 11.

[6] Vgl. Pescatore a. a. O. S. 200.

wirken[7]. Dann kann er nicht nur die Gegenleistung für diese, sondern selbstverständlich auch den Schaden, den er durch das Unmöglichwerden der anderen Leistung erlitten hat, mit der außerkontraktlichen Schädenklage vom Gläubiger ersetzt verlangen[8].

d) Das unter c) Gesagte bedarf einer Modification für den Fall des § 264 Abs. 1. Daselbst ist bestimmt, dass, wenn der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung vornimmt[9], der Gläubiger nach seiner Wahl die Zwangsvollstreckung auf die eine oder auf die andere Leistung richten darf; dass der Schuldner jedoch befugt ist, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, sich durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

Der § 264 Abs. 1 hat den Zweck, das Schuldverhältnis aus dem ungewissen Zustand, den die Nichtausübung des Wahlrechts seitens des Schuldners schafft, herauszubringen und einen Abschluss desselben herbeizuführen. Deshalb wird dem Gläubiger die Möglichkeit verliehen, die Zwangsvollstreckung einzuleiten, indem ihm gestattet wird, diese nach seiner Wahl auf den einen oder auf den anderen der geschuldeten Gegenstände zu richten. Damit ist aber keineswegs das Wahlrecht im

[7] Nach § 265 Satz 2 bleibt übrigens, wenn der nicht wahlberechtigte Gläubiger die eine Leistung unmöglich macht, das Wahlrecht des Schuldners nicht nur bezüglich der unmöglich gemachten und der noch möglichen Leistungen gewahrt, sondern es wird überhaupt unbeschränkt frei. Das ist dann von Bedeutung, wenn schon vorher die eine oder die andere Leistung casuell untergegangen war. Sind z. B. a, b, c und d die in obligatione befindlichen Leistungen, und gehen zunächst a und b durch Zufall unter und macht hierauf der Gläubiger die Leistung c durch sein Verschulden unmöglich, dann kann der Schuldner nicht bloß c und d, sondern ebensogut auch a und b wählen. Beachte das eingangs unter 3 Gesagte.

[8] Im gemeinen Rechte war es auf Grund der l. 55 D. ad legem Aquiliam 9, 2 bestritten, ob nicht auch in den unter c gedachten Fällen Beschränkung des Schuldverhältnisses einzutreten habe. Vgl. Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen (Berlin 1888) S. 81. So wie B. G. B.: § 724 Satz 2 des Sächs. B. G. B.

[9] Als Beginn der Zwangsvollstreckung dürfte der Zeitpunkt anzusehen sein, in welchem der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher gemäß § 753 der C. P. O. den Auftrag zur Vornahme der Exekution erteilt.

Sinne der §§ 262, 263 auf den Gläubiger übergegangen. Die Sache ist also nicht so anzusehen, als „konzentriere“ sich dadurch, dass der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auf den Gegenstand x richtet, das Schuldverhältnis nach § 263 Abs. 2 auf diese Leistung, und als habe der Schuldner jetzt nur noch die facultas alternativa, sich auch durch Leistung von y und z zu befreien[10]. Vielmehr bleibt nach wie vor das Schuldverhältnis eine alternative Obligation mit Wahlrecht des Schuldners. Der Unterschied zwischen der Zeit vor und nach dem Beginn der Zwangsvollstreckung liegt nur darin, dass der Schuldner jetzt nicht mehr wie früher seine Wahl durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile, sondern nur noch durch effektive Lieferung ausüben kann[11]. Erst wenn der Gläubiger mindestens einen Teil von einer der geschuldeten Leistungen empfangen hat, ist das Schuldverhältnis „konzentriert“.

Aus dem Gesagten folgt, dass, wenn der Gläubiger die

[10] Dies behauptet Stammler a. a. O. S. 138 fg., dem sich Oertmann, Kommentar S. 25, Enneccerus a. a. O. S. 382 und Dernburg a. a. O. S. 99 Anm. 12 angeschlossen haben (letzterer mit sinnstörendem Druckfehler). Indessen spricht gegen diese Konstruktion einmal die Fassung des Gesetzes, das in Abs. 1 im Gegensatz zu Abs. 2 den Ausdruck „Übergang des Wahlrechts“ geflissentlich vermeidet. Es sprechen aber gegen sie auch erhebliche innere Gründe. Denn wenn sich dadurch, dass der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auf den Gegenstand x richtet, das Schuldverhältnis auf diese Leistung konzentrieren würde, so wäre, wenn nach Beginn der Zwangsvollstreckung, aber noch bevor ihn der Gläubiger bezw. in seinem Auftrag der Gerichtsvollzieher empfangen hat, der Gegenstand x unterginge, der Anspruch auf Naturalerfüllung jedenfalls erloschen, auch wenn die übrigen wahlweise geschuldeten Leistungen sämtlich noch möglich wären. Dass hier dem Gläubiger mit Rücksicht auf den in aller Regel vorliegenden Verzug des Schuldners ein Ersatzanspruch gegen den letzteren erwächst (übrigens zufolge § 287 Satz 2 zweiten Halbsatz durchaus nicht unter allen Umständen!), ändert nichts an dem unbilligen Resultat, dass der Schuldner lediglich durch pflichtwidriges Unterlassen der ihm obliegenden Wahl die Möglichkeit bekommt, sich seiner Verpflichtung zur Naturalleistung zu entschlagen. In Fällen der hier gedachten Art muss es dem Gläubiger gestattet sein, nach Untergang des einen Gegenstands die Zwangsvollstreckung nunmehr auf eine der übrigen Leistungen zu richten. Auf Grund der hier bekämpften Auffassung des § 264 Abs. 1 würde das aber schlechterdings nicht möglich sein.

[11] Mit Recht hebt Planck II S. 36 unter 2 hervor, dass der wirklichen Leistung ein Angebot gleichzustellen ist, durch welches der Gläubiger in Verzug der Annahme gerät.

Zwangsvollstreckung auf den Gegenstand x richtet und, während er die letztere betreibt, die Leistung des Gegenstands y durch sein, des Gläubigers, Verschulden unmöglich wird, der wahlberechtigte Schuldner die unmöglich gewordene Leistung, weil er sie effektiv nicht mehr bewirken kann, trotz § 265 Satz 2 auch nicht mehr wählen darf. Es tritt hier also, obwohl die Unmöglichkeit der Leistung von dem nicht wahlberechtigten Teile zu vertreten ist, eine Beschränkung des Schuldverhältnisses im Sinne von § 265 Satz 1 ein, was gleichzeitig zur Folge hat, dass der Schuldner sich wegen der unmöglich gewordenen Leistung lediglich an seinen außerkontraktlichen Interesseanspruch halten kann. Insofern enthält der § 264 Abs. 1 eine Ausnahme von dem Prinzip des § 265 Satz 2. —

2. Es wird nicht nur eine, sondern es werden sämtliche wahlweise geschuldeten Leistungen ganz oder teilweise unmöglich. Dann hat der Schuldner immer noch das Recht, nach freier Wahl zu bestimmen, welche der unmöglich gewordenen Leistungen er als die von Anfang an allein geschuldete angesehen wissen will. Und hierbei ist der Schuldner in seinem Wahlrecht nicht beschränkt, einerlei, ob die sämtlichen Leistungen auf einmal, oder ob sie nacheinander unmöglich geworden sind. Falsch wäre es also, zu argumentieren: durch den Untergang des Gegenstands x hat sich das Schuldverhältnis nach § 265 auf y beschränkt; durch den Untergang von y auf den Gegenstand z; geht nun auch z unter, so können sich die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung lediglich nach diesem Gegenstand bestimmen[12]. Vielmehr ist zu sagen: durch seinen Untergang ist x zwar ex electione, aber nicht ex obligatione ausgeschieden; es konnte nicht gewählt werden, solange y und z noch möglich waren. Das Gleiche gilt von y, solange z noch möglich ist. Wenn aber z auch unmöglich wird, dann sind sämtliche Leistungen wieder wählbar geworden, sodass sich das Wahlrecht des Berechtigten, wie zu Anfang, auf sie alle erstreckt[13]. Im einzelnen ergeben sich hieraus folgende Konsequenzen:

[12] So u. a. Mayring, Kommentar S. 26 unter III.

[13] Vgl. das eingangs unter 3 Gesagte. Dem Wortlaut des Gesetzbuchs scheint allerdings die andere Auffassung mehr zu entsprechen. Aber die

a) Sind die sämtlichen Leistungen durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so ist er von jeder Verbindlichkeit frei, denn er mag wählen, welche Leistung er will, überall kommt ihm der § 275 zu statten. Allerdings büßt er nach § 323 auch jedes Recht auf eine etwa vereinbarte Gegenleistung ein. Ist eine der Leistungen nur teilweise unmöglich geworden, so kann er sich den Anspruch auf einen Teil der Gegenleistung dadurch sichern, dass er die nur teilweise unmöglich gewordene Leistung wählt[14]. Ferner kann er sich wenigstens die Möglichkeit, etwas von der Gegenleistung zu bekommen, dadurch verschaffen, dass er eine von denjenigen Leistungen wählt, für die er ein stellvertretendes commodum erhalten hat, indem dann zu erwarten steht, dass der Gläubiger die Herausgabe des letzteren verlangen werde. — Im Falle des § 264 Abs. 2, wo der in Verzug geratene Gläubiger nach Ablauf der ihm gesetzten Frist das Wahlrecht an den Schuldner verloren hat, kann dieser, wenn während des Annahmeverzugs alle Leistungen unmöglich werden, nach freier Wahl bestimmen, für welche von ihnen er die nach § 324 Abs. 2 geschuldete Gegenleistung haben will.

b) Sind sämtliche Leistungen unmöglich geworden und zwar entweder alle, oder doch zum mindesten eine von ihnen durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand, so ist der Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet[15]. Denn er ist

unsrige steht mit ihm keineswegs in Widerspruch, und da sie zu den besseren Resultaten führt, so wird man sich unbedenklich zu ihr bekennen dürfen.

[14] Der Schuldner ist aber nicht verpflichtet, die nur teilweise unmöglich gewordene Leistung zu wählen, sondern kann trotz der teilweisen Möglichkeit der einen Leistung seine Wahl auch auf eine der total unmöglich gewordenen Leistungen richten. Das folgt aus dem am Anfang dieses Paragraphen unter 2 Gesagten (oben S. 197/8). Denn wenn in Ansehung des § 265 die teilweise Unmöglichkeit der Leistung der totalen gleichgestellt wird, solange die übrigen Leistungen noch möglich sind, so erfordert die billige Rücksichtnahme auf den Schuldner, dass diese Gleichstellung auch dann Platz greift, wenn die übrigen Leistungen sämtlich unmöglich geworden sind: geschieht sie da, wo die Beschränkung des schuldnerischen Wahlrechts in Frage steht, so muss sie auch dort eintreten, wo es sich um das Wiederaufleben desselben handelt.

[15] Also nicht ist, wenn die Leistung x durch eine culpa des Schuldners, hierauf die Leistung y casuell unmöglich wird, der Schuldner als

hier auf alle Fälle dafür verantwortlich, dass der Gläubiger einen Anspruch auf Naturalerfüllung aus dem alternativen Schuldverhältnis nicht geltend machen kann[16]. Welche der wahlweise geschuldeten Leistungen aber der Berechnung des Schadens zu Grunde zu legen ist, das hat der Schuldner zu bestimmen in freier Ausübung seines Wahlrechts. Das versteht sich von dem hier in Ansehung des § 265 eingenommenen Standpunkt aus ganz von selbst. Hingegen würde nach der vorhin zurückgewiesenen Auffassung dieses Paragraphen die Schadensberechnung immer im Hinblick auf diejenige Leistung zu erfolgen haben, die an letzter Stelle unmöglich geworden ist[17]. Aber gerade hier zeigt es

befreit anzusehen, weil sich das Schuldverhältnis auf den zufällig untergegangenen Gegenstand y „beschränkt" hatte. So zufolge l. 95 § 1 D. de solut. 46, 3 für die negotia stricti juris des Römischen Rechtes: Vangerow, Pandekten III § 569 S. 22. In Ansehung der negotia bonae fidei hat sich das gemeine Recht über die Quellenentscheidung hinweggesetzt: vgl. Vangerow a.a.O.; Windscheid II § 255 bei Anm. 14; Dernburg, Pandekten II § 27 bei Anm. 12; Pescatore a.a.O. S. 231; Mommsen, Beiträge I S. 315.

[16] Oertmann erwähnt in seinem Kommentar S. 26 den Fall, dass der Schuldner die eine der geschuldeten Leistungen vorsätzlich unmöglich macht, um dadurch zu „erklären", dass er die andere wähle. Da an sich die Wahlerklärung auch durch konkludente Handlung erfolgen kann, so lässt sich prinzipiell gegen ein solches Verfahren nichts einwenden. Kommt dem Unmöglichmachen der einen Leistung in casu die gedachte Bedeutung zu, so kann dasselbe dem Schuldner zur culpa natürlich nicht angerechnet werden. Denn mit dem Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung x ist hier die Wahl der Leistung y erklärt. Folglich ist jetzt nur noch die letztere in obligatione (§ 263 Abs. 2), und wird sie später durch Zufall unmöglich, dann ist der Schuldner thatsächlich von jeder Leistungspflicht frei. Hierbei ist aber ein Doppeltes zu beachten: erstens ist eine Wahlerklärung dieser Art nur dann denkbar, wenn nicht mehr als zwei Leistungen zur Wahl stehen; sodann muss der Gläubiger dem eigentümlichen Wahlakt beiwohnen, denn die Erklärung des § 263 ist „dem anderen Teile gegenüber" abzugeben. Namentlich im Hinblick auf den letzteren Umstand ist wohl mit Grund zu erwarten, dass die hier berührte merkwürdige Art der Wahlerklärung in der Praxis keine allzugroße Rolle spielen wird.

[17] Dieses rein äußerliche Verfahren wollte eine im gemeinen Rechte weit verbreitete Meinung eingeschlagen wissen. Siehe das Nähere bei Pescatore a. a. O. S. 232. Ferner steht auf diesem Standpunkt der Code civil in Art. 1193 Abs. 2 und für die Fälle, wo alle Leistungen durch Verschulden des Schuldners unmöglich werden: das Sächs. B. G. B. in § 723, während das letztere da, wo die Leistungen teils casuell, teils culpa debitoris untergehen, den Schadensersatz immer nach dem durch Verschulden des Verpflichteten untergegangenen Gegenstand berechnet wissen

sich, dass diese Auffassung unhaltbar ist. Denn ihr zufolge würde sich derjenige Schuldner am besten stehen, der schuldhafterweise alle Leistungen auf einmal unmöglich machte. Denn ihm könnte das Wahlrecht in dem hier fraglichen Punkte natürlich nicht abgesprochen werden. Hingegen könnte der Schuldner, der die Leistung x in leichter Fahrlässigkeit unmöglich gemacht hat, und dem hinterher die Leistungen y und z durch Zufall untergehen, trotz des ihm ursprünglich zustehenden Wahlrechts unter Umständen, nämlich wenn z gerade besonders wertvoll war, mit einer ganz ungerechtfertigt hohen Schadenshaftung belastet werden. Dass dieses Resultat nicht annehmbar ist, liegt auf der Hand. Andrerseits enthält die hier vertretene Auslegung des § 265 für den Gläubiger keinerlei Unbill. Denn da er es sich, wenn alle Leistungen möglich geblieben wären, hätte gefallen lassen müssen, dass der Schuldner die geringwertigste zur Erfüllung auswählte, so ist nicht einzusehen, inwiefern es eine Benachteiligung für ihn sein soll, wenn nunmehr auch der Berechnung des Erfüllungssurrogates vom Schuldner die mindestwertige Leistung zu Grunde gelegt wird.

c) Sind sämtliche Leistungen unmöglich geworden und wurde auch nur bei einer einzigen die Unmöglichkeit durch einen vom Gläubiger zu vertretenden Umstand herbeigeführt, so kann von einem Schadensersatzanspruch des letzteren keine Rede sein. Der Schuldner kann hier immer dadurch, dass er die vom Gläubiger unmöglich gemachte Leistung wählt, sich selbst liberieren, und trotzdem die Gegenleistung einfordern (§ 324 Abs. 1). Er ist aber auch berechtigt, die Wahl auf eine der übrigen, durch Zufall unmöglich gewordenen, Leistungen zu richten. Dann bleibt der Gläubiger für die von ihm unmöglich gemachte Leistung außerkontraktlich ersatzpflichtig. Hingegen kann er, wenn der Schuldner für die gewählte Leistung ein stellvertretendes commodum erlangt hat, dessen Herausgabe, wiederum unter Bewirkung der entsprechenden Gegenleistung, verlangen. —

will (§ 726). Diese Entscheidung ist vollkommen willkürlich und entbehrt jeden inneren Grundes.

II. Das Wahlrecht steht nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger zu und

1. eine der wahlweise geschuldeten Leistungen wird unmöglich.

a) Geschieht das durch einen weder vom Schuldner noch vom Gläubiger zu vertretenden Umstand, so tritt wiederum nach § 265 die „Beschränkung des Schuldverhältnisses" auf die möglich gebliebenen Leistungen ein[18]. Der Gläubiger kann sich somit seiner Verpflichtung zur Gegenleistung nicht dadurch entschlagen, dass er die unmöglich gewordene Leistung wählt. Das ist gewiss recht und billig. Nach dem Wortlaut des § 265 kann aber der Gläubiger, auch wenn er die volle vereinbarte Gegenleistung anbietet, nicht das stellvertretende commodum verlangen, welches der Schuldner infolge der Unmöglichkeit der Leistung erlangt hat. Und hierfür dürfte ein stichhaltiger Grund kaum zu finden sein[19]. Hingegen kann man nach dem am Anfang dieses Paragraphen unter 2) Gesagten wenigstens in dem Falle, wo die Leistung teilweise unmöglich geworden ist, dem Gläubiger das Recht, gegen Entrichtung der vollen vereinbarten Gegenleistung die nur zum Teil mögliche Leistung zu wählen, trotz des § 265 zusprechen. Denn die in Ansehung des § 265 bisher durchgeführte Gleichstellung der teilweisen mit der totalen Unmöglichkeit der Leistung ist, wie eingangs bemerkt wurde, nicht durch den Wortlaut des Paragraphen, sondern in den Fällen, wo der Schuldner das Wahlrecht hat, durch die Natur der Sache, in den Fällen aber, wo der Gläubiger das Wahlrecht hat, nur mit Rücksicht auf die von ihm zu entrichtende Gegenleistung geboten. Fällt diese Rücksichtnahme weg, so liegt kein Grund vor, die teilweise Unmöglichkeit der totalen gleich zu behandeln, also auch bei ersterer eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die übrigen Leistungen eintreten zu lassen.

b) Ist die eine der Leistungen durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so wird dadurch überhaupt keine „Beschränkung des Schuldverhält-

[18] Der oben S. 200 gedachte, durch die Parteidisposition geschaffene, Ausnahmefall kann natürlich unter Umständen auch hier gegeben sein.

[19] Vgl. auch Strohal, Das deutsche Erbrecht (2. Aufl.) S. 147 Anm. 1.

nisses“ bewirkt (§ 265 Satz 2). Der Gläubiger hat es hier also in der Hand, die Wahl auch auf die unmöglich gewordene Leistung zu richten, um sich auf diese Weise von jeder Verpflichtung zur Gegenleistung zu befreien[20].

c) Ist die Unmöglichkeit der einen Leistung durch einen vom Gläubiger zu vertretenden Umstand eingetreten, so liegt an sich keine Notwendigkeit vor, das Wahlrecht desselben irgendwie einzuschränken. Denn selbst wenn er die unmöglich gewordene Leistung wählt, bleibt er nach § 324 zur Entrichtung der Gegenleistung verpflichtet. Wählt er aber eine der möglichen Leistungen, so hat er für die unmögliche nach § 823 Schadensersatz zu leisten. Die Interessen des Schuldners sind also in jeder Beziehung gewahrt. Will man aber auch in diesem Falle durchaus eine Beschränkung des Wahlrechts eintreten lassen, so hätte es höchstens einen Sinn, dasselbe auf die unmöglich gemachte Leistung zu beschränken. Das könnte für den Schuldner unter Umständen den Vorteil haben, dass ihm bei fraglicher Solvenz des Gläubigers nicht zwei unsichere Ansprüche (nämlich der Anspruch auf das Entgelt wegen der gewählten möglichen, und der außerkontraktliche Schädenanspruch wegen der nicht gewählten unmöglichen Leistung) gegen den Gläubiger erwüchsen. De lege lata tritt aber — nach dem klaren Wortlaut des § 265 — auch dann, wenn die eine der geschuldeten Leistungen durch einen vom wahlberechtigten Gläubiger zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist, die „Beschränkung des Schuldverhältnisses“ auf die möglich gebliebenen Leistungen ein. Wenn ich mir also in einem Laden alternativ zwei Vasen kaufe und mir die Entscheidung darüber, welche ich nehmen will, bis zum nächsten Tage vorbehalte, und beim Hinausgehen aus dem Laden die eine von den Vasen aus Unachtsamkeit umwerfe und zerbreche, dann kann ich nicht sagen: ich wähle jetzt die zerbrochene, sondern ich muss nach § 265 die andere Vase kaufen und bezahlen und wegen der Zerstörung der ersteren Schadensersatz leisten[21]. Dieses

[20] Beachte auch Anm. 7 und setze dort zwecks entsprechender Anwendung statt „Gläubiger“ „Schuldner“ und umgekehrt.

[21] Positiv falsch also ist es, wenn Oertmann, Kommentar S. 26 sagt:

Resultat entspricht nicht der Billigkeit, und es dürfte schwerlich gelingen, eine Rechtfertigung für diese Regelung zu finden[22].

Eine Möglichkeit, über das unbillige Ergebnis, zu welchem § 265 führt, wenigstens für eine Reihe von Fällen hinauszukommen, liegt darin, dass dem Gläubiger in Anlehnung an das soeben unter a) Ausgeführte, dort, wo er die Leistung nur teilweise unmöglich gemacht hat, die unbeschränkte Wahlbefugnis gelassen werden muss, wenn er sich zur Entrichtung der vollen Gegenleistung erbietet. Fasst man hierbei den Begriff der teilweisen Unmöglichkeit so weit, als es irgendwie angängig ist, so dürfte es erreichbar sein, die hier herausgestellte, sich aus der Fassung des § 265 ergebende, Unzuträglichkeit auf eine relativ kleine Gruppe von Fällen zu beschränken. —

2. Ist nicht nur eine, sondern sind sämtliche der wahlweise geschuldeten Leistungen unmöglich geworden, so kann der

„Durch Wahl des vernichteten Gegenstands macht er (der Gläubiger) sich von der anderweiten Ersatzpflicht frei.“ Im Gesetzbuch steht gerade das Gegenteil.

[22] Die Kommission der 2. Lesung ist sich vollkommen bewusst gewesen, zu welcher Konsequenz die von ihr gewählte Fassung des § 265 führen muss. Sie war aber der Ansicht, diese Folge sei „von untergeordneter Bedeutung“. Vgl. Protokolle I S. 282 ff. Ausdrücklich einverstanden erklärt sich mit der Fassung des § 265 Enneccerus a. a. O. S. 383. Indessen hat er ihre volle Tragweite nicht richtig gewürdigt. Im gemeinen Rechte herrschte über die unter c behandelten Fälle Streit. Pescatore a. a. O. S. 260 fg. steht auf dem nächstliegenden Standpunkt, dass sich durch die vom Gläubiger herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung in den Wahlbefugnissen des letzteren nichts ändere; ebenso Mommsen, Beiträge I S. 317. Hingegen hält es Vangerow, Pandekten III § 569 S. 26 für die „natürlichste und durch die l. 95 § 1 D. de solut. 46, 3 wesentlich unterstützte Ansicht“, dass der Gläubiger nur eines der übrig gebliebenen Objekte fordern dürfe und für das vernichtete Ersatz leisten müsse. Im Gegensatz dazu meint Braun, Erörterungen über die bestrittensten Materien des Röm. Rechtes in Zusätzen zu Thibauts Pandektensystem (Stuttgart 1831) S. 114, der Gläubiger müsse sich das von ihm vernichtete Objekt als empfangen anrechnen lassen und könne auf das übrig gebliebene schlechthin keinen Anspruch mehr erheben, eine Ansicht, für die sich, wie oben bemerkt, immerhin Einiges sagen lässt und zu der sich auch das Sächs. B. G. B. in § 724 bekannt hat. (Auch der von v. Kübel redigierte Vorentwurf zum E. I stand auf diesem Standpunkt.) Im Code civil ist der hier in Frage stehende Fall nicht ausdrücklich geregelt, doch steht dessen Artikel 1194 einer vernünftigen Entscheidung wenigstens nicht im Wege.

Gläubiger aus den oben unter I 2 dargelegten Gründen in freier Wahl bestimmen, welche der unmöglich gewordenen Leistungen er als die von Anfang an allein geschuldete angesehen wissen will. Daraus folgt, dass, wenn

a) alle Leistungsgegenstände durch Zufall untergegangen sind, der Gläubiger wählen kann, in Ansehung welcher Leistung der Schuldner ein etwaiges stellvertretendes commodum herausgeben soll. Der Gläubiger ist also in dieser Beziehung nicht an den zuletzt untergegangenen Gegenstand gebunden.

b) Sind sämtliche Leistungen, oder ist nur eine von ihnen durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so kann der Gläubiger bestimmen, welche der Leistungen der Berechnung des Schadensersatzes zu Grunde zu legen ist.

c) Hat der Gläubiger bei allen unmöglich gewordenen Leistungen oder auch nur bei einer von ihnen den Eintritt der Unmöglichkeit verschuldet, so kann er wählen, welche der von ihm unmöglich gemachten bezw. ob die von ihm unmöglich gemachte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gelten soll. Für diese hat er dann die vereinbarte Gegenleistung zu entrichten. Für die von ihm unmöglich gemachten, aber nicht gewählten, Leistungen bleibt er dem Schuldner außerkontraktlich auf Schadensersatz verhaftet.

3. Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung.

1. Die objektive Unmöglichkeit der Leistung.

§ 11.

I. Die Nichtigkeit des Vertrags. — II. Die Haftung für das negative Vertragsinteresse. — III. Kritik der gesetzlichen Bestimmungen.

I.

Bezüglich der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit der Leistung bestimmt das Gesetzbuch in § 306: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig“[1]. Diese in ihrem Wortlaut nur auf die anfängliche Unmöglichkeit bei Vertragsobligationen anwendbare Bestimmung ist, ebenso wie die hier noch in Betracht kommenden §§ 307 und 308, auf die einseitigen Verpflichtungsakte, soweit solche vom Gesetzbuch anerkannt sind, also auf die Auslobung und auf die Schuldverschreibungen aus Inhaberpapieren analog auszudehnen[2]. Für die aus einem Vermächtnis entstehende Forderung trifft der § 2171 eine dem Inhalt des § 306 gleichkommende Anordnung, wo-

[1] Dass nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes hierunter nur die objektive und nicht auch die subjektive Unmöglichkeit zu verstehen ist, darüber siehe oben § 4 S. 59.

[2] Matthiaß I S. 302 a. E. hält hier nur die §§ 306 und 308 für anwendungsfähig. Es liegt indessen kein Grund vor, den § 307 auszuschließen. Als „anderer Teil“ hat dabei derjenige zu gelten, der im Falle der Möglichkeit der im einseitigen Versprechen promittierten Leistung dieselbe zu fordern befugt sein würde. Im E. I war übrigens die analoge Anwendung der für Vertragsobligationen geltenden Rechtssätze auf die einseitigen Versprechen durch § 343 ausdrücklich vorgeschrieben.

bei die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 308 ausdrücklich vorgesehen ist. Eine analoge Heranziehung des § 307 verbietet sich hier durch die Natur des Vermächtnisses von selbst.

1. Nach dem, was oben in § 3 über den Begriff der anfänglichen Unmöglichkeit gesagt wurde, ist zufolge § 306 grundsätzlich jeder Vertrag nichtig, der auf eine Leistung gerichtet ist, die im Moment des Vertragsabschlusses nicht bewirkt werden kann. Dieses Prinzip kennt aber verschiedene Ausnahmen. Soweit sich solche aus den für die einzelnen Obligationen erlassenen Sondervorschriften ergeben, sind sie im folgenden Kapitel bei der Besprechung der einzelnen Schuldverhältnisse darzustellen[3]. Ein allgemeiner Charakter hingegen kommt folgenden Ausnahmen zu:

a) Ebenso, wie für den Fall der nachträglichen Unmöglichkeit, können die Parteien auch für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung eine Ersatzleistung vereinbaren, welche an die Stelle der unmöglichen Leistung treten soll. Alsdann ist, vorausgesetzt, dass nicht auch die Ersatzleistung unmöglich ist, der Vertrag selbstverständlich gültig. So kann sich z. B. jemand in rechtsverbindlicher Weise für den Fall, dass der Vertrag auf etwas Unmögliches gerichtet sein sollte, zur Zahlung von Schadensersatz oder von Wertersatz verpflichten. Und solche Ersatzleistungen brauchen nicht immer ausdrücklich versprochen zu sein: sie können sich mitunter auch aus dem stillschweigend erklärten Willen der Parteien ergeben. Besonders häufig wird letzteres bei unentgeltlichen Zuwendungen der Fall sein. Es ist in dieser Beziehung an das oben in § 6 Gesagte zu erinnern. Ist z. B. dem A eine Sache schenkungsweise versprochen bezw. vermacht worden, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses bezw. zur Zeit des Erbfalls bereits gehört, so ist es Sache der Interpretation, fest-

[3] Es handelt sich hier vor allem um die Rechtssätze von der Haftung des Schuldners wegen Sachmängel, die, mögen sie nun eine teilweise oder eine totale Unmöglichkeit der Leistung begründen, den Vertrag, auch wenn sie von Anfang an vorhanden sind, niemals ungültig machen; und um die Vorschrift des § 437, aus der hervorgeht, dass beim Verkauf einer Forderung die Nichtexistenz der Forderung der Gültigkeit des Kaufgeschäfts nicht im Wege steht.

zustellen, ob der Vertrag resp. das Vermächtnis wegen objektiver Unmöglichkeit der Leistung nichtig sein soll, oder ob nicht vielmehr nach dem Willen der Parteien bezw. des Testators an Stelle der Sache deren Wert zu leisten ist[4]. Unter Umständen kann hier die Auslegung auch dahin führen, dass der Verpflichtete dem Berechtigten dasjenige zu ersetzen hat, was dieser zwecks Erwerbs der Sache aufgewendet hat; oder dass er ihn von etwaigen Beschränkungen befreien muss, denen der Bedachte in Ansehung des ihm bereits gehörenden Gegenstands unterworfen ist. So dürfte es beispielsweise keinem Zweifel unterliegen, dass, wenn ein Testator seinem Erben auferlegt, dem A das Grundstück X zu verschaffen, letzteres aber dem Erben vor dem Erbfall bereits von einem Dritten geschenkt wird, indessen belastet mit einer Grundschuld in Höhe von 8000 Mk., dass dann der Erbe verpflichtet ist, das Grundstück des A von dieser Grundschuld zu befreien. Sodann kann im einzelnen Falle der stillschweigend oder ausdrücklich erklärte Wille der Parteien dahin gehen, dass an Stelle der unmöglichen Leistung ein etwaiges stellvertretendes commodum, das der Verpflichtete zufolge des die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstands erlangt hat, den Gegenstand des Schuldverhältnisses bilden soll[5]. In ähnlicher Weise verschieden beantwortet sich auch die Frage, wie es zu halten ist, wenn sich jemand zur Bezahlung von Schulden eines Anderen verpflichtet, die in Wahrheit gar nicht oder wenigstens nicht in dem gedachten Umfang bestehen. Ging hier die Meinung der Parteien wirklich nur dahin, dass die Schulden des Promissars bezahlt werden sollen, so würde der Vertrag allerdings wegen Unmöglichkeit der Leistung entweder ganz oder zum Teil nichtig sein[6]. Jedoch auch hier wird eine genauere Untersuchung dessen, was die Parteien beabsichtigt haben, sehr häufig zu dem Ergebnis führen, dass

[4] Siehe das Nähere oben in § 6 S. 105 ff.; beachte auch Anm. 15 daselbst. Wegen der Vermächtnisse vgl. § 2169 Abs. 1 B. G. B. und § 2170 Abs. 1 und 2.

[5] Vgl. die §§ 2164 Abs. 2 und 2169 Abs. 3. Beachte ferner die Auslegungsregeln in § 2172 Abs. 2 und § 2173 des B. G. B.

[6] Vgl. Mommsen, Beiträge I S. 56; aber auch Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (Leipzig 1899) S. 190.

der Promittent die Summe, auf welche sich die vermeintlichen Schulden belaufen, statt an den nicht existierenden Gläubiger des Stipulanten an diesen selbst auszuzahlen hat. Ferner verpflichtet sich derjenige, der die Handlung eines Dritten verspricht, genau genommen zu etwas Unmöglichem. Denn niemand besitzt dermaßen die Herrschaft über einen Anderen, dass er sich bezüglich dessen Thun und Lassen, wie in Ansehung seines eigenen, zum Schuldner machen könnte. In aller Regel aber wird sich hinter dieser unmöglichen Leistung nach der Meinung der Parteien die mögliche Leistung verstecken, dass der Verpflichtete sich mit der erforderlichen Sorgfalt bemühen soll, den Dritten zu einem bestimmten Thun oder Unterlassen zu bewegen. Ja, bisweilen wird hinter einer solchen promissio facti alieni noch des weiteren das Versprechen zu finden sein, dem Gläubiger für den Fall des Misserfolgs solcher Bemühungen den ihm daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen[7]. Mitunter wird sich auch die Aufrechterhaltung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrags mit Rücksicht auf den § 140 des B. G. B. notwendig machen. Man denke etwa daran, dass die Parteien die Bestellung einer rechtlich unzulässigen Dienstbarkeit oder die Übertragung eines dinglichen Rechtes an dem wesentlichen Bestandteil einer Sache vereinbaren (eine Leistung, die mit Rücksicht auf § 93 unmöglich sein würde): in solchen Fällen kann sehr wohl an die Stelle der unmöglichen dinglichen Rechtswirkung die obligatorische Verpflichtung zu einem Dulden oder Unterlassen treten[8].

[7] Der E. I hatte in § 348 Abs. 2 sogar einen für die Garantiehaftung sprechenden Auslegungsrechtssatz angenommen. Vgl. dazu Motive II S. 181 und 182. Mit Recht ist diese Bestimmung von der 2. Kommission gestrichen worden. Siehe Protokolle I S. 455. Eine detaillierte Regelung der promissio facti alieni enthielt das A. L. R. in den §§ 40 ff. I, 5. Vgl. dazu Gruchot in seinen Beiträgen u. s. w. Bd. 1 S. 321 fg.

[8] Vgl. Ehrlich, Das zwingende und nicht zwingende Recht im B. G. B. (Jena 1899) S. 23. — Ein weiteres Beispiel dafür, dass man bei der Anwendung des § 306 vorsichtig sein muss, stellt der Kaufvertrag dar, der über ein bereits gezogenes Lotterielos abgeschlossen wird. Da bei dem Kauf eines Loses in aller Regel die Ungewissheit, ob und mit welchem Gewinn dasselbe gezogen werden wird, den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet, so ist die emptio spei wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig, wenn sich die Ungewissheit durch Ziehung des Loses bereits nach der einen oder der anderen Seite hin in Gewissheit verwandelt hat. Mit-

Bleibt da, wo in der eben geschilderten Art für die unmögliche Leistung eine Ersatzleistung eintritt, die letztere hinter dem Werte der ersteren zurück, so wird eine etwa vereinbarte Gegenleistung im Zweifel nach dem wiederholt benutzten, in den §§ 472, 473 des Gesetzbuchs aufgestellten Maßstab herabzusetzen sein.

b) Als zweite Ausnahme von dem in § 306 ausgesprochenen Prinzip, dass jeder Vertrag, der im Moment seines Abschlusses aus objektiven Gründen nicht erfüllt werden kann, nichtig ist, kommt der Abs. 1 des § 308 in Betracht, welcher lautet:

> „Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrags nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, dass die Leistung möglich wird."

Dieser Rechtssatz, der weiter nichts besagt, als dass bei voraussichtlich nur zeitweiser Unmöglichkeit die Parteien einen gültigen bedingten Vertrag abschließen können, dessen Wirksamkeit davon abhängig ist, dass die Unmöglichkeit später gehoben wird, dieser Satz ist von so einfacher Wahrheit, dass es kaum notwendig sein dürfte, zu seiner Erklärung noch etwas hinzuzufügen. Betont werden mag nur zweierlei: einmal, dass es nach § 308 Abs. 1 gleichgültig ist, ob der Wegfall der Unmöglichkeit nahe bevorsteht, oder ob er erst in weiter Ferne zu erwarten ist; ob seine Wahrscheinlichkeit groß oder gering ist. Wenn nur nach der uns innewohnenden Erfahrung das spätere Möglichwerden der Leistung nicht gänzlich ausgeschlossen ist, dann können auch die Parteien für den Fall der Möglichkeit einen gültigen Vertrag abschließen. Sodann: dass es für die Anwendung des § 308 Abs. 1 erforderlich ist, dass wirklich die Parteien beim Abschluss des Vertrags die momentane Unmöglichkeit der Leistung kennen und darum den

unter aber machen die Parteien beim Kaufe eines Loses zum Gegenstand des Spielvertrags gerade die Frage, ob das Los schon gezogen worden ist. (Solche Verträge kommen im Börsen-Effektenverkehr bei den verschiedenartigsten Papieren vor, wie aus den Urteilen des O. L. G. Braunschweig in Seuff. Archiv Bd. 48 Nr. 255 und des R. O. H. G. in Bd. 33 derselben Sammlung Nr. 75 hervorgeht.) Dann kann natürlich keine Rede davon sein, dass der Kauf, wenn das Los zur Zeit des Vertragsabschlusses schon gezogen ist, nichtig ist.

Vertrag eigens für den Fall schließen, dass die Unmöglichkeit später wegfällt. Nicht angängig ist es, einem Vertrag, den die Parteien, weil sie von der augenblicklichen Unmöglichkeit der Leistung nichts wussten, als einen unbedingten abschließen wollten, die gedachte Bedingung stillschweigend einzufügen. Das würde eine unzulässige Vergewaltigung des Parteiwillens sein[9]. Vielmehr bleibt ein solcher Vertrag, wenn nicht die noch unter c zu erörternde Ausnahme Platz greift, auf Grund des § 306 nichtig.

Im übrigen finden auf den hier erwähnten bedingten Vertrag diejenigen Rechtssätze Anwendung, die das Gesetzbuch in den §§ 158 ff. für bedingte Rechtsverhältnisse aufgestellt hat[10]. Insbesondere ist hier auf den § 162 hinzuweisen, wonach der Wegfall der Unmöglichkeit als eingetreten anzusehen ist, wenn diejenige Partei, zu deren Nachteil die Möglichkeit der Leistung gereichen würde, das Möglichwerden der Leistung wider Treu und Glauben verhindert; und wonach umgekehrt der Eintritt der Möglichkeit als nicht erfolgt gilt, wenn sie von derjenigen Partei, zu deren Vorteil sie gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt wird. Und ferner kommen dem bedingten Vertrag des § 308 Abs. 1 die Rechtsbehelfe der §§ 916 Abs. 2 und 936 der C. P. O. und der §§ 67, 154 der K. O. zu gute. Hiernach sind die aus einem solchen Vertrag sich ergebenden Ansprüche der Sicherung durch Arrest und einstweilige Verfügung fähig und finden im Konkurs bei der Verteilung entsprechende Berücksichtigung, es müsste denn sein, dass der bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat.

[9] So schon für das gemeine Recht: Bechmann, Der Kauf II S. 427. Nicht einmal eine Vermutung streitet für solche Bedingtheit. Vgl. Motive II S. 180.

[10] Vielleicht erscheint es manchem fraglich, ob die Bedingung, um die es sich in § 308 Abs. 1 handelt, überhaupt eine echte Bedingung und nicht vielmehr eine bloße condicio juris ist. Indessen dürfte der Streit darüber müßig sein. Denn abgesehen davon, dass die grundsätzliche Unanwendbarkeit der §§ 158 ff. auf die condiciones juris keineswegs feststeht, ist für unseren speziellen Fall nach der ganzen Fassung des § 308 Abs. 1 mit Sicherheit anzunehmen, dass das Gesetzbuch das hier entstehende Rechtsverhältnis als ein bedingtes im Sinne der eben berufenen Vorschriften angesehen wissen will.

c) Eine dritte Ausnahme endlich von dem Prinzip des § 306 stellt der Abs. 2 des § 308 dar, der besagt:

„Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen [als der in Abs. 1 gedachten und unter b besprochenen] aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird."

Das Gesetzbuch hat hier in der Hauptsache diejenigen Fälle im Auge, wo den Parteien, oder doch wenigstens einer von ihnen, im Moment des Vertragsabschlusses die augenblickliche Unmöglichkeit der Leistung unbekannt ist, und wo sie deshalb gar keine Veranlassung haben, den Vertrag nur für den Fall abzuschließen, dass die Leistung später möglich wird[11]. Vielmehr ist das Schuldverhältnis hier als ein unbedingtes gewollt oder jedenfalls nicht als ein von der Bedingung abhängiges, dass die Unmöglichkeit der Leistung künftig gehoben wird. Wohl aber ist den hier gedachten Fällen ebenfalls eigentümlich, dass die Leistung, die im Moment des Vertragsabschlusses aus objektiven Gründen nicht bewirkt werden kann, in diesem Moment auch nicht bewirkt zu werden braucht, indem die Leistung erst in einem späteren Zeitpunkt fällig ist: sei es nun, weil das Schuldverhältnis unter einer „anderen" aufschiebenden Bedingung, sei es, weil es unter Bestimmung eines Anfangstermins eingegangen wurde. Für diese Fälle bestimmt das Gesetzbuch, dass, wenn die Leistung noch vor der Fälligkeit möglich wird, der Vertrag trotz der anfänglichen Unmöglichkeit gültig sein soll[12]. Dem Wegfall der

[11] Es gehören hierher aber auch diejenigen Fälle, wo die Parteien die augenblickliche Unmöglichkeit der Leistung zwar kennen, wo sie aber so zuversichtlich mit deren rechtzeitigem Wegfall rechnen, dass sie es für überflüssig halten, eine derartige Bedingung in den Vertrag aufzunehmen.

[12] So lässt sich der Inhalt des § 308 Abs. 2 am kürzesten zusammenfassen. Denn in dem Setzen der daselbst gedachten „anderweiten" Bedingung liegt naturgemäß ein Hinausschieben der Fälligkeit mit eingeschlossen, indem die Leistung vor dem Eintritt der Bedingung keinesfalls fällig werden kann. Und die Vereinbarung eines „Anfangstermins" kann bei obligatorischen Verhältnissen füglich überhaupt nichts anderes bedeuten, als die Vereinbarung späterer Fälligkeit. Denn die für befristete Rechtsgeschäfte an sich durchgreifende Unterscheidung: ob durch eine

Unmöglichkeit vor Eintritt der Fälligkeit muss es gleichgestellt werden, wenn die Leistung im Moment der Fälligkeit möglich wird. Nicht notwendig ist es für die Anwendbarkeit des § 308 Abs. 2, dass die vor der Fälligkeit möglich gewordene Leistung bis zu diesem Zeitpunkt möglich geblieben ist; vielmehr genügt es, wenn die Leistung nur in einem einzigen Moment zwischen Vertragsabschluss und Fälligkeit möglich gewesen ist; schon dann erhält und behält der Vertrag seine Gültigkeit und auf eine nachher wieder eintretende Unmöglichkeit würden, als auf eine nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretene, die im vorigen Kapitel dargestellten Grundsätze Anwendung zu finden haben: der Schuldner würde also auf das Erfüllungsinteresse haften, wenn er den Wiedereintritt der Unmöglichkeit zu vertreten, hingegen von jeder Leistungspflicht frei sein, wenn er ihn nicht zu vertreten hätte[13].

Fristsetzung der Eintritt der durch das Rechtsgeschäft bezweckten rechtlichen Wirkung selbst oder nur deren Geltendmachung hinausgeschoben wird, ist für die Schuldverhältnisse nicht anwendbar. Anderer Meinung Planck I S. 209 und Schollmeyer, Kommentar S. 158 unter 2. Vgl. auch Motive I S. 269, Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin (Marburg 1888/9) S. 307 ff., Siméon, Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts (Berlin 1889) S. 6, 25, 75, 138 und Hartmann a. a. O. S. 43. (Die zweifellos richtigen Ausführungen von Strohal in seinem Erbrecht 2. Aufl. S. 127 fg. lassen sich nicht als Gegenbeweis anführen, weil es sich dort nicht um obligationenrechtliche Dinge, sondern um die spezifisch erbrechtliche Frage nach dem Zeitpunkt des Vermächtnisanfalls handelt). — Natürlich ist es denkbar, dass ein Vertrag im Sinne des § 308 Abs. 2 bedingt und außerdem noch befristet ist. Dann genügt es, wenn die Unmöglichkeit noch vor Eintritt der Fälligkeit, wenn auch erst nach Eintritt der Bedingung gehoben wird. Diese Konstellation übersieht Planck II S. 82, wenn er allgemein sagt: „Ein Wegfall der Unmöglichkeit nach dem Eintritt der Bedingung hat keine rechtliche Wirkung. Mit dem Eintritt der Bedingung vor dem Wegfall der Unmöglichkeit ist definitiv entschieden, dass der Vertrag unwirksam ist.“ — Im gemeinen Rechte war übrigens der in § 308 Abs. 2 ausgesprochene Rechtssatz keineswegs unbestritten. Vgl. einerseits Mommsen, Beiträge I S. 144—153 insbes. S. 151 fg.; andrerseits Brinz, Pandekten II (2. Aufl.) S. 124, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 597. Siehe ferner Windscheid II § 315 letzter Satz und Dernburg, Preuß. Privatrecht II (5. Aufl.) S. 54.

[13] Letzteres übersieht Laband (Archiv f. civil. Praxis Bd. 74 S. 7) in seiner Polemik gegen den (dem § 308 Abs. 2 des Gesetzbuchs korrespondierenden) § 346 Abs. 2 des E. I, wenn er aus der daselbst statuierten Gültigkeit des Vertrags ohne weiteres die unbedingte Haftung des Schuldners folgert. Vgl. auch Neumann in Gruchots Beiträgen Bd. 33 S. 396.

Gleichgültig ist es für die Anwendung des § 308 Abs. 2, ob die spätere Möglichkeit der Leistung von vornherein mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, oder ob sie durch eine außerhalb aller Berechnung liegende, rein zufällige, Verkettung von Ereignissen eingetreten ist. Denn da die hier in Frage stehende Gesetzesbestimmung, wie bereits gesagt, hauptsächlich in solchen Fällen Platz greift, wo den Parteien die zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene Unmöglichkeit der Leistung unbekannt ist, so kann man auch nicht sagen, die daselbst statuirte Gültigkeit des Vertrags rechtfertige sich dadurch, dass die Parteien von vornherein mit dem späteren Möglichwerden der Leistung gerechnet haben, und darum auch nur insoweit, als sie damit rechnen konnten. Vielmehr gründet sich der § 308 Abs. 2 lediglich auf die vernünftige Erwägung, dass es sinnlos wäre, einen Vertrag, den die Parteien ernstlich gewollt haben und dessen Erfüllung sich zur Zeit der Fälligkeit als möglich erweist, bloß deshalb, weil die Leistung in einem früheren, für die Erfüllung des Schuldverhältnisses bedeutungslosen, Zeitpunkt unmöglich gewesen ist, für nichtig zu erklären. Von diesem Standpunkt aus verschlägt es aber nichts, ob die spätere Möglichkeit der Leistung sich als die Folge einer Reihe von adäquaten oder von inadäquaten Geschehnissen darstellt[14]. Zur Anwendbarkeit des § 308 Abs. 2 gehört ferner nicht, dass die Leistung gerade dem Schuldner möglich wird. Es genügt, wenn sich die objektive Unmöglichkeit der Leistung noch vor dem Tage der Fälligkeit in eine subjektive verwandelt. So wird z. B. der über die eigene Sache des Käufers abgeschlossene und darum anfänglich nichtige Kaufvertrag gültig, wenn die Sache noch rechtzeitig aus dem Eigentum des Käufers heraus in das eines Dritten, des X, gelangt[14a].

Die Vorschrift des § 308 Abs. 2 bietet der juristischen Konstruktion nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Denn wenn es auch selbstverständlich sein dürfte, dass mit dem Eintritt

[14] Im gemeinen Rechte sind anderer Ansicht: Mommsen a. a. O. und Windscheid a. a. O. Vgl. oben § 2 d. Darstellung Anm. 6.

[14a] Im gemeinen Rechte bestritten! Vgl. u. a. Mitteis, Die Individualisierung der Obligation (Wien 1886) S. 17 fg.

der Möglichkeit der Leistung der Vertrag als ein von Anfang an gültiger anzusehen ist, so fragt es sich doch: wie ist der Vertrag bis zum Eintritt der Möglichkeit rechtlich zu beurteilen? Liegt auch hier, wie es bei Abs. 1 des § 308 der Fall ist, ein von vornherein gültiger bedingter Vertrag vor? Die Frage scheint verneint werden zu müssen. Denn da die Parteien hier in aller Regel von der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung gar nichts wissen und darum gar keine Veranlassung haben, die Wirksamkeit des Vertrags von dem Möglichwerden der ersteren abhängig zu machen, so ist nicht einzusehen, mit welchem Rechte man hier von bedingten Verträgen nach Art der unter b) erwähnten sollte sprechen können. Also liegt bis zum Eintritt der Möglichkeit weiter nichts als ein vorläufig nichtiger Vertrag, ein reines nihil actum vor? Das hätte zur Folge, dass der Anspruch des Gläubigers auf die später eventuell noch möglich werdende Leistung bis zum Eintritt der Möglichkeit nur durch § 826 — also in unzulänglicher Weise — geschützt wäre. Der Schuldner dürfte, wenn er nach Abschluss des Vertrags von der Unmöglichkeit der Leistung erführe, den Eintritt der Möglichkeit verhindern, ohne dass dem Gläubiger mit § 162 des Gesetzbuchs geholfen werden könnte. Ferner wäre dieser nicht berechtigt, selbst wenn der Wegfall der Unmöglichkeit noch so nahe bevorstände, seinen eventuellen Leistungsanspruch durch Arrest oder einstweilige Verfügung zu sichern bezw. im Konkurse anzumelden. Mit Rücksicht auf diese unannehmbaren Resultate wird man die zuletzt gedachte Vorstellungsweise abzulehnen haben. Dann bleibt aber nichts übrig, als zu der Konstruktion des bedingten Vertrags zurückzukehren. Und da es sich, wie wir sahen, um eine von den Parteien gesetzte Bedingung nicht handeln kann, so muss man sich wohl oder übel zu der Annahme einer vom Gesetze selbst angeordneten Bedingtheit entschließen. Das Verhältnis wäre demnach so zu denken, dass in jedem Falle, wo ein Vertrag über eine Leistung geschlossen wird, die im Moment des Vertragsabschlusses nicht möglich, aber auch zu dieser Zeit noch nicht fällig ist, ein vorläufig gültiges Schuldverhältnis entsteht, dessen Fortbestand von Gesetzeswegen an die Be-

dingung geknüpft ist, dass die Leistung noch vor Eintritt der Fälligkeit oder spätestens in diesem Zeitpunkt möglich wird. Bei Ausfall der Bedingung ist der Vertrag von Anfang an nichtig. Während des Schwebezustands unterstehen hingegen die sich aus § 308 Abs. 2 ergebenden Ansprüche den allgemeinen für bedingte Rechtsverhältnisse geltenden Regeln[15].

d) Nach dem unter c) Gesagten versteht es sich ganz von selbst, dass dort, wo eine Leistung versprochen wird, deren Bewirkung zur Zeit des Vertragsabschlusses zwar objektiv unmöglich ist, von der aber feststeht, dass sie im Zeitpunkt der Fälligkeit objektiv möglich ist, unter allen Umständen ein gültiges, und zwar nicht nur ein bedingtes, sondern — wenn nicht die Parteien selbst eine anderweitige Bedingung hinzugefügt haben — ein unbedingtes Schuldverhältnis zu stande kommt[16]. —

Trotz der zahlreichen Ausnahmen, die nach dem Vorstehenden das in § 306 ausgesprochene Prinzip erfährt, giebt es doch noch Fälle, wo die Anwendung dieses Prinzips zu unbilligen Ergebnissen führt. Das trifft einmal dann zu, wenn ein Vertrag abgeschlossen wird, aus welchem nach § 271 Abs. 1 der Gläubiger die Leistung sofort verlangen kann, und die Leistung zur Zeit des Vertragsabschlusses zwar unmög-

[15] Vollständig ist den Interessen des Gläubigers auch damit noch nicht Genüge geleistet. Denn der Schuldner darf zwar jetzt den Wegfall der Unmöglichkeit nicht mehr wider Treu und Glauben verhindern, wenn er nicht ersatzpflichtig werden will (vgl. § 162 Abs. 1), hingegen ist er durch nichts verpflichtet, auf den Eintritt der Möglichkeit irgendwie hinzuwirken. Er kann, wenn er nach Vertragsabschluss von der Unmöglichkeit der Leistung erfährt, ruhig die Hände in den Schoß legen und abwarten, ob das Schicksal für die Gültigkeit oder für die Nichtigkeit des Vertrags entscheiden wird. Der Billigkeit entspricht dieses Resultat nicht; de lege lata aber ist es unabweisbar.

[16] So liegen die Dinge in aller Regel bei den Werklieferungsverträgen. Hier wird ja fast immer eine Sache versprochen, deren Leistung im Moment des Vertragsabschlusses wegen ihrer Nichtexistenz objektiv unmöglich ist, deren Herstellung bis zum Tage der Fälligkeit aber objektiv möglich ist. Indessen ist es auch hier denkbar, dass einmal die im Vertrag ausbedungene Lieferzeit so kurz bemessen war, dass nicht nur der Schuldner innerhalb dieser Frist nicht leisten konnte (dann läge bloß subjektive Unmöglichkeit der Leistung vor), sondern dass es überhaupt niemandem möglich gewesen wäre, in diesem Zeitraum das anzufertigende Werk herzustellen. Dann würde der Vertrag allerdings nach § 306 nichtig sein.

lich ist, kurz nachher aber in einem Zeitpunkt möglich wird, in welchem, wenn der Vertrag gültig wäre, die nachträgliche Leistung noch als Erfüllung des Schuldverhältnisses angesehen werden müsste. Hier würde, weil keine der in § 308 gedachten Ausnahmen Platz griffe, der Vertrag trotz alledem nichtig bleiben, und der Schuldner brauchte die möglich gewordene Leistung ebensowenig zu bewirken, wie er andrerseits außer stande wäre, durch ihr Angebot sich den Anspruch auf die Gegenleistung zu erhalten. Und dasselbe gilt da, wo dem Vertrag zwar ein Anfangstermin beigefügt ist, die Leistung aber erst nach der Fälligkeit, wenn auch nur um ein weniges später, möglich wird. Auch hier können weder der Gläubiger noch der Schuldner auf der Erfüllung des Vertrages bestehen[17].

2. Ist ein Vertrag wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nichtig, so können natürlich aus diesem Pseudo-

[17] Und dieses unbillige Ergebnis lässt sich auch nicht durch Heranziehung des § 157 vermeiden. Denn der § 306 enthält absolutes Recht. Der mutmaßliche Wille der Parteien kann darum ihm gegenüber höchstens insoweit in Betracht kommen, als es sich fragt, ob die Parteien nicht für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung eine Ersatzleistung vereinbart haben (vgl. oben unter a). Steht hingegen fest, dass dies nicht der Fall ist, sondern dass ausschließlich die im Moment des Vertragsabschlusses unmögliche Leistung den Inhalt des Schuldverhältnisses bilden sollte, so ist der Vertrag unter allen Umständen nichtig, wenn nicht die Voraussetzungen des § 308 Platz greifen, was in den oben gebrachten Beispielen eben nicht der Fall ist. Unrichtig ist daher auch die Entscheidung, die Schollmeyer in seinem Kommentar S. 158 unter 1 bezüglich eines von ihm konstruierten Rechtsfalls trifft. Graf X hat schon längst ein Füllen von der Vollblutstute Talpra seinem Freunde abkaufen wollen. Der Freund erhält von seinem Gestütmeister die Nachricht, dass eine andere seiner edlen Stuten gefohlt habe, und teilt infolge einer Verwechslung dem Grafen X mit, das erwartete Fohlen der Stute Talpra sei geboren. Graf X kauft dasselbe, aber erst sechs Wochen nach Abschluss des Kaufvertrags kommt es zur Welt. Schollmeyer meint, der Vertrag müsse für gültig erachtet werden, weil die Kontrahenten dasselbe Füllen, nämlich das von der Stute Talpra im Sinne hatten. Allein davon kann keine Rede sein. Der Kaufvertrag ist zwischen Graf X und seinem Freunde als ein unbefristeter und unbedingter über das Füllen der Stute Talpra abgeschlossen worden. Dieses Füllen existierte zur Zeit des Kaufabschlusses nicht; die Leistung war also zur Zeit der Errichtung des Vertrags nicht möglich. Die Voraussetzungen des § 308 liegen nicht vor. Folglich ist der Vertrag nach § 306 nichtig. Und daran können die Parteien selbst gar nichts ändern, sie können höchstens über das künftige Fohlen einen neuen Kaufvertrag abschließen.

vertrag keinerlei Ansprüche abgeleitet werden[17a]. Der vermeintliche Gläubiger kann beispielsweise nicht die Zahlung einer etwa vereinbarten Konventionalstrafe verlangen (vgl. B. G. B. § 344). Er kann ferner niemals Ersatz des Erfüllungsinteresses einklagen oder die Herausgabe eines vom Schuldner erlangten stellvertretenden commodum beanspruchen, es müsste denn sein, dass diese Gegenstände nach dem oben unter 1a Gesagten von vornherein gerade für den Fall der Unmöglichkeit ausdrücklich oder stillschweigend als Ersatzleistungen versprochen worden sind[18].

3. Ist die Leistung von Anfang an nur teilweise unmöglich, so fragt es sich, ob anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag auch ohne den unmöglichen Teil abgeschlossen haben würden. Wenn die Frage zu bejahen ist, dann ist der Vertrag nur bezüglich des unmöglichen Teiles nichtig, in Ansehung des möglichen Teiles hingegen gültig. Ist die Frage zu verneinen, so ist der ganze Vertrag nichtig[19]. Im ersteren Falle kann es sich, was im Gesetzbuch nicht ausdrücklich erwähnt ist, eventuell auch hier notwendig machen, eine vereinbarte Gegenleistung nach den Regeln der §§ 472, 473 herabzusetzen.

4. Ist der Gegenstand der Leistung alternativ bestimmt, und ist eine der wahlweise geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich, so beschränkt sich zufolge § 265 Satz 1 die Obligation auf die übrigen d. h. auf die anfänglich möglichen Leistungen. Dabei ist aber das Verhältnis nicht etwa so zu denken, als ob die anfänglich unmögliche Leistung niemals Inhalt des alternativen Schuldverhältnisses geworden sei und darum von vornherein außer jedem Betracht zu bleiben habe. Denn die Beschränkung des § 265 besagt, wie noch aus dem vorigen Paragraphen in Erinnerung sein wird, weiter nichts, als dass die Wahl, solange eine der übrigen Leistungen möglich ist, nicht auf die unmögliche Leistung gerichtet werden

[17a] Die Nichtigkeit des Vertrags ist vom Richter von amtswegen zu berücksichtigen.

[18] Vgl. auch Stammler, Garantievertrag im Archiv f. civil. Praxis Bd. 69 S. 123—126 und Planck II S. 79 unter 2.

[19] Vgl. § 139. — Ob die Frage zu bejahen oder zu verneinen ist, das ist reine quaestio facti.

darf. Der Wahlberechtigte ist also nicht im stande, solange eine der alternativ geschuldeten Leistungen bewirkt werden kann, dadurch, dass er die von Anfang an unmögliche Leistung wählt, die Nichtigkeit des ganzen Vertrags herbeizuführen. Hingegen gewinnt die prinzipielle Zugehörigkeit auch der anfänglich unmöglichen Leistung zum Inhalt des alternativen Schuldverhältnisses sofort Bedeutung, einmal, wenn die anfänglich möglichen Leistungen hinterher sämtlich unmöglich werden. Denn dann wird die Wahlbefugnis des Berechtigten unbeschränkt frei, so dass nunmehr auch die anfänglich unmögliche Leistung wählbar ist[20]. Ferner, wenn auch nur eine der anfänglich möglichen Leistungen durch einen Umstand unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat. Denn dann tritt gemäß § 265 Satz 2 die daselbst in Satz 1 angeordnete Beschränkung nicht ein, d. h. es kann jetzt auch die anfänglich unmögliche Leistung gewählt werden. Ist also beispielsweise die Leistung a von Anfang an unmöglich, während die Leistungen b, c und d bei der Schließung des Vertrags möglich sind, und wird nachher die Leistung b durch einen Umstand, den der nicht wahlberechtigte Gläubiger zu vertreten hat, unmöglich, so darf nunmehr der Schuldner seine Wahl auch auf die Leistung a richten und damit den Vertrag von Anfang an nichtig machen[21].

Schließlich sei hier noch auf das hingewiesen, was in § 10 eingangs unter 2 (vgl. oben S. 197) über die bei Anwendung des § 265 gebotene Gleichstellung der totalen mit der teilweisen Unmöglichkeit gesagt worden ist. Das dort Ausgeführte gilt unverändert auch hier.

II.

Der nach § 306 nichtige Vertrag lässt zwar, wie gezeigt, die von den Parteien gewollten, kontraktlichen Rechte und

[20] Von Bedeutung für die unten II 7 anzustellenden Erörterungen. Vgl. auch oben § 10 I 2 und II 2.

[21] Es mag vielleicht manchem zweifelhaft erscheinen, ob der in Satz 2 des § 265 angeordnete Wegfall der Beschränkung sich auch auf die von Anfang an unmögliche Leistung des Satz 1 bezieht. Indessen der Wortlaut des Gesetzes steht einer solchen Auslegung nicht im Wege und irgend eine Unbilligkeit hat sie für keinen der Beteiligten im Gefolge.

Pflichten nicht entstehen. Hingegen ist er sehr wohl im stande, zwischen ihnen außerkontraktliche, von ihnen nicht gewollte, Rechtsbeziehungen zu schaffen. Das ergiebt sich aus § 307, welcher wörtlich lautet:

„Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist."

Es handelt sich hier um einen Fall außerkontraktlicher Haftung für das sogenannte negative Vertragsinteresse[22].

1. Was die Person des Ersatzpflichtigen angeht, so kann diese sowohl der Promittent d. i. der vermeintliche Schuldner der unmöglichen Leistung, wie auch der Promissar d. i. der vermeintliche Gläubiger derselben sein. Die Haftung des letzteren ist zwar gegenüber dem (dem § 307 des Gesetzbuchs korrespondierenden) § 345 des E. I von autoritativer Seite bestritten worden[23]. Der Wortlaut des Gesetzbuchs lässt aber in dieser Beziehung eine einschränkende Auslegung nicht zu[24].

2. Die Haftung tritt ein, wenn der eine oder der andere Teil bei der Schließung des Vertrags die Unmöglichkeit

[22] Vgl. § 5 der Darstellung unter 5.

[23] Vgl. Bähr in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 374.

[24] Übereinstimmend: Laband im Archiv für civilistische Praxis Bd. 74 S. 3 (bezüglich des E. I); Planck II S. 80; Endemann I S. 553; Oertmann, Kommentar S. 58; Matthiaß I S. 302; Melliger, Culpa in contrahendo od. Schadensersatz bei nichtigen Verträgen (2. Aufl. Zürich 1898) S. 81. Vgl. auch Motive II S. 178 fg.; Protokolle I S. 452. — De lege ferenda scheint mir die Ausdehnung der Haftpflicht auf die Person des Gläubigers entbehrlich zu sein. Für den Bedürfnisfall würde hier wohl § 826 ausreichen.

der Leistung „kennt oder kennen muss“. Unter Kennenmüssen ist nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes das unentschuldbare Nicht-Kennen d. h. diejenige Unkenntnis zu verstehen, die auf Fahrlässigkeit, also auf einer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, beruht[25]. Was unter letzterer zu verstehen ist, darüber ist oben in § 5 ausführlich gehandelt worden. Der Begriff der Verschuldung ist hier kein anderer, als dort[26]. Da, wo für einzelne Schuldverhältnisse vom Gesetzbuch eine mindere Sorgfaltspflicht vorgesehen ist, greift die Erleichterung auch bei der culpa in contrahendo Platz[27].

[25] Vgl. § 122 Abs. 2. Beachte auch § 166.

[26] Erforderlichen Falles sind darum die in § 276 Abs. 1 Satz 3 berufenen §§ 827, 828 auch hier zur Anwendung zu bringen. Anderer Meinung ist Cosack I S. 239, der diese Paragraphen prinzipiell nur bei schuldhaften Verletzungen obligatorischer Pflichten und bei Verübung von Delikten für anwendbar hält. Auf „Verschuldungen anderer Art“ sollen diese Regeln nicht übertragen werden dürfen. „Hier ist es vielmehr Sache des Einzelfalls, ob der angeblich Schuldige diejenigen Geisteseigenschaften besaß, welche die Voraussetzung seiner »Schuld« bilden. Man nehme z. B. an, dass jemand sich einer Thatsache nicht mehr zu erinnern vermag, die ihm mitgeteilt worden ist, als er ... sinnlos betrunken war; ohne Rücksicht auf B. G. B. 827 wird man je nach Lage des Einzelfalls die Unkenntnis des ... Trunkenen für schuldlos erklären können.“ Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden.

[27] Anderer Ansicht ist Schollmeyer, Kommentar S. 154. Er versteift sich darauf, dass es sich bei dem Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses um eine außerkontraktliche culpa handelt. Auf sie sollen die lediglich für das kontraktliche Verschulden geltenden Regeln keine Anwendung finden können. Die culpa in contrahendo habe einen „abstrakten“ Charakter. Darum soll der Schenker, der zwar aus seinem Versprechen nur für dolus und culpa lata einzustehen hat, doch in Ansehung des § 307 für omnis diligentia haften. Ganz abgesehen davon, dass dieser Standpunkt formalistisch ist, indem es sich bei der culpa in contrahendo wenn auch nicht um eine kontraktliche, so doch jedenfalls um eine aus Anlass eines Kontraktsabschlusses begangene culpa handelt (vgl. auch Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 52), so wird von Schollmeyer übersehen, dass dort, wo das Gesetzbuch eine mindere Sorgfaltspflicht statuiert, dies in der Regel deshalb geschieht, weil der Verkehr in solchen Fällen eine geringere Sorgfalt erfordert, so dass sich auch die mindere Sorgfalt schließlich immer als die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ darstellt. Vgl. oben § 5 S. 81 fg. Da aber der Verkehr vom Schuldner bezüglich des Vertragsabschlusses sicherlich keine größere Diligenz verlangt, als ihm in Ansehung der Erfüllung des Vertrags obliegt, so wäre es dem vom Gesetzbuch angenommenen Fahrlässigkeitsbegriff direkt zuwiderlaufend, wollte man den Schenker, soweit es sich um seine Haftung für das negative Vertragsinteresse handelt, zur Beobachtung von

Ferner ist daran zu erinnern, dass der Verkehr in aller Regel vom Versprechensempfänger nicht dieselbe peinliche Sorgfalt verlangt, deren Beobachtung er dem Versprechenden zumutet, so dass bei der Frage nach der Fahrlässigkeit ein verschiedener Maßstab anzulegen ist, je nachdem es der Gläubiger oder der Schuldner der unmöglichen Leistung ist, der auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses belangt wird.

Die Haftung des an sich Haftpflichtigen fällt nach dem Gesetzbuch weg, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit ebenfalls kennt oder kennen muss. —

Zufolge des Wortlauts des § 307, der lediglich die Kenntnis bezw. schuldhafte Unkenntnis im Moment des Vertragsabschlusses im Auge hat, darf der Schuldner, der erst nach diesem Zeitpunkt von der Unmöglichkeit der Leistung erfährt, unterlassen, dem Gläubiger von ihr Mitteilung zu machen, ohne irgend welche Rechtsnachteile befürchten zu müssen. Diesem zweifellos unbefriedigenden Resultat kann man nicht mit dem Hinweis auf § 242 begegnen. Denn da in den hier vorausgesetzten Fällen ein Vertrag überhaupt nicht zu stande kommt, der Promittent „Schuldner" somit niemals wird, so leidet auch der in § 242 ausgesprochene Rechtssatz keine Anwendung, der besagt, dass der Schuldner so zu handeln habe, uti inter bonos agier oportet.

3. Die Beweislast bezüglich der die negative Schadensersatzpflicht zur Entstehung bringenden Faktoren regelt sich wie folgt:

Derjenige, der die Unmöglichkeit der Leistung und die sich daraus ergebende Nichtigkeit des Vertrags behauptet, muss die anfängliche Unmöglichkeit beweisen. Ebenso muss derjenige, der wegen der Nichtigkeit des Vertrags Ersatz des negativen Interesses verlangt, den Beweis führen, dass der andere Teil bei der Schließung des Vertrags von der Unmöglichkeit Kenntnis hatte bezw. Kenntnis haben musste. Sache des Gegners würde es dann sein, darzuthun, dass zufolge der eigenen Kenntnis bezw. schuldhaften Unkenntnis des Imploranten eine Ersatzpflicht auf seiner Seite nicht entstanden ist.

omnis diligentia verpflichten. Die hier bekämpfte Ansicht Schollmeyers wird geteilt von Enneccerus a. a. O. S. 399.

Diese Beweislastverteilung ist insofern nicht befriedigend, als es in den weitaus die Mehrheit bildenden Fällen, wo der Gläubiger das negative Interesse ersetzt, zweifellos gerechter wäre, dem Schuldner den Beweis aufzuerlegen, dass er die Unmöglichkeit nicht kannte und auch nicht kennen konnte. Gegenüber der Fassung des § 307 dürfte es indessen kaum möglich sein, in diesem Punkte Gläubiger und Schuldner verschieden zu behandeln[28].

4. Der Inhalt der Haftpflicht besteht nach den Worten des Gesetzbuchs im Ersatz desjenigen Schadens, den „der andere Teil dadurch erlitten, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat“, oder wie Mommsen treffend sagt, im Ersatz des Schadens, der dadurch entstanden, „dass von dem Geschäft überhaupt die Rede gewesen ist“[29]. War beispielsweise ein Kauf über eine zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht mehr existierende Sache abgeschlossen und dabei vereinbart worden, dass der Käufer die Sache abholen soll, so muss der Verkäufer, wenn die Voraussetzungen des § 307 vorliegen, dem Käufer, der das vermeintliche Schuldobjekt abzuholen kommt, die Kosten der hierzu erforderlich gewesenen Reise ersetzen. Ist dem Käufer durch Abschluss des Pseudokaufs eine andere Kaufgelegenheit entgangen, so muss der Verkäufer auch den darin liegenden Schaden vergüten. Sind die Voraussetzungen der Haftpflicht in der Person des Käufers gegeben, so muss er den Verkäufer wegen der Unkosten, die dieser durch etwaige für den Transport der Sache getroffene Veranstaltungen gehabt hat, schadlos halten, selbst wenn der Verkäufer nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses die Kosten des Transports zu tragen hatte; er muss ihm aber auch, wenn letzterer im Hinblick auf den eingehenden Kaufpreis für seine Person Ausgaben gemacht hat, die er sonst unterlassen hätte, diese ersetzen. Niemals aber braucht nach der positiven Bestimmung des § 307 der Ersatzpflichtige mehr zu leisten, als er zu leisten hätte, wenn der Vertrag gültig gewesen und die Leistung nach-

[28] So wie hier findet sich die Beweislast verteilt bei Planck II S. 80 fg.; Schollmeyer, Kommentar S. 157 unter 6; Oertmann, Kommentar S. 59 unter 8; Mayring, Kommentar S. 61 unter 8.

[29] Beiträge I S. 107.

träglich durch einen von ihm zu vertretenden Umstand unmöglich geworden wäre. In den zuletzt gedachten Beispielen könnte also der Verkäufer an Schadensersatz nie mehr, als den vereinbarten Kaufpreis verlangen. Und in dem oben erwähnten Falle, wo dem Käufer aus der Verabsäumung einer anderen Kaufgelegenheit ein Schaden erwachsen ist, könnte er bei der Berechnung desselben nicht geltend machen, dass der ihm entgangene Gegenstand einen höheren Wert als das vermeintliche Kaufobjekt besessen habe[30]. Im übrigen ist noch hervorzuheben, dass der Ersatzpflichtige selbst innerhalb der durch § 307 gezogenen Grenze nur für denjenigen vom andern Teile verursachten Schaden aufzukommen hat, der mit dem Pseudovertragsabschluss in adäquatem Kausalzusammenhang steht[31].

5. Der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse entsteht im Moment des vermeintlichen Geschäftsabschlusses. Er ist zwar ein außerkontraktlicher, aber deshalb noch kein Anspruch aus einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823 ff. Er unterliegt deshalb auch nicht der dreijährigen Verjährung des § 852. Andrerseits dürfte es zu weitgehend sein, ihn in allen Fällen der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren zu unterwerfen. Denn dann könnte er im Hinblick auf den § 196 unter Umständen später verjähren, als die Ansprüche verjähren würden, die dem Gläubiger im Falle der Gültigkeit des Vertrags zustünden. Das widerspräche aber dem Verhältnis, in welchem nach § 307 der negative Schädenanspruch zu dem Erfüllungsanspruch offenbar stehen soll. Das Richtige wird sein, den Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses derselben Verjährungsfrist zu unterwerfen, der die Kontraktsklage unterliegen würde, wenn die Leistung möglich und infolgedessen der Vertrag gültig gewesen wäre[32].

[30] Anders liegt die Sache, wenn der Käufer nicht nur aus § 307, sondern gleichzeitig aus § 826 gegen den Käufer vorzugehen berechtigt ist. Auf Grund des letzteren Paragraphen kann er vollen Schadensersatz verlangen und darum bei der Schadensliquidation eventuell auch einen solchen Wertunterschied mit in Rechnung stellen.

[31] Vgl. oben § 7 S. 131 ff.

[32] Ähnlich Schollmeyer, Kommentar S. 155; Mayring, Kommentar

Hierbei ist noch auf eine Besonderheit aufmerksam zu machen, die sich aus § 308 Abs. 2 ergiebt. In den dort ins Auge gefassten Fällen entscheidet es sich immer erst im Moment der Fälligkeit der Leistung, ob der Vertrag als von Anfang an gültig oder als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Bis zu diesem Zeitpunkt kann also ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses nicht geltend gemacht werden, da ja der an sich Verpflichtete immer einwenden kann, es sei noch gar nicht sicher, dass die Leistung nicht noch möglich werde[33]. Erst wenn es sich herausstellt, dass diese bis zum Tage der Fälligkeit unmöglich geblieben ist, erst dann weiß man genau, dass ein Vertrag in Wahrheit gar nicht zu stande gekommen und infolgedessen dem einen Teile ein negativer Schadensersatzanspruch erwachsen ist. Dieser Anspruch ist dann aber bereits zur Zeit des Geschäftsabschlusses entstanden. Beginnt aber seine Verjährung auch schon mit diesem Moment zu laufen? Offenbar greift hier § 202 Abs. 1 des B. G. B. ein, der bestimmt: „Die Verjährung ist gehemmt, solange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.“ Es ist also der Zeitraum, der zwischen dem Vertragsabschluss und der Fälligkeit der Leistung liegt, in den hier gedachten Fällen bei der Berechnung der Verjährungsfrist außer acht zu lassen (vgl. § 205), so dass die an sich mit dem Zeitpunkt der Geschäftserrichtung beginnende Verjährung thatsächlich erst am Tage der Fälligkeit der Leistung zu laufen anhebt.

6. Fraglich mag sein, ob für den negativen Schadensersatzanspruch des § 307, eben weil er kein kontraktlicher ist, die für den Schuldvertrag bestellten Bürgen und Pfänder ver-

S. 61 unter 7; Planck II S. 81; Oertmann, Kommentar S. 58; Fischer-Henle § 307 Anm. 2. Vgl. auch Meisner in seinem Kommentar zum 2. Buch des B. G. B. § 307 Nr. 3 und Enneccerus a. a. O. S. 399.

[33] Hat der Schuldner, der an den Wegfall der Unmöglichkeit nicht glaubte, an den Gläubiger den negativen Schadensersatz schon vor der Fälligkeit der Leistung gezahlt und wird die Erfüllung des Vertrags doch noch rechtzeitig möglich, so bleibt der Schuldner natürlich zur Bewirkung der Leistung verpflichtet und er kann das Gezahlte nur aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen. Vgl. oben § 8 S. 150 fg. und 162 fg.

haftet sind. Die Entscheidung hängt davon ab, ob der gedachte Anspruch als der „jeweilige Bestand" des von den Parteien eingegangenen Schuldverhältnisses im Sinne der §§ 767, 1210 des B. G. B. angesehen werden kann. Wenn nun auch das von den Parteien gewollte Schuldverhältnis nicht zu stande gekommen und das zu stande gekommene von ihnen nicht gewollt ist, so hat doch letzteres indirekt seine Entstehung dem von den Parteien geäußerten Vertragswillen zu verdanken, und darum dürfte es gerechtfertigt sein, auch den außerkontraktlichen Anspruch des § 307 als „jeweiligen Bestand" der (nicht ins Leben getretenen) Hauptverbindlichkeit zu betrachten, somit Bürgen und Pfänder des Pseudovertrags für ihn haften zu lassen.

7. Ist bei teilweiser Unmöglichkeit der Vertrag teilweise gültig und teilweise nichtig, so muss der Ersatzpflichtige dem anderen Teile denjenigen Schaden ersetzen, den dieser dadurch erlitten hat, dass er auf die Gültigkeit des ganzen Vertrags vertraute.

8. Bei den alternativen Obligationen führt die im Abs. 2 des § 307 vorgeschriebene „entsprechende Anwendung" der im Abs. 1 enthaltenen Rechtssätze zu folgenden Resultaten:

A) Der Schuldner hat das Wahlrecht, und er ist es auch, der die anfängliche Unmöglichkeit einer der wahlweise geschuldeten Leistungen bei der Schließung des Vertrags kannte bezw. hätte kennen müssen:

a) Wählt er hier, wie er es nach § 265 thun muss, eine der möglichen Leistungen, so ist der Gläubiger in nichts benachteiligt. Denn die gewählte Leistung hätte er sich auch dann gefallen lassen müssen, wenn alle Leistungen von Anfang an möglich gewesen wären. Hier kann also von einem Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses keine Rede sein.

b) Die möglichen Leistungen gehen noch vor der Wahlausübung sämtlich durch Zufall unter. Hier kommt dem Gläubiger ein solcher Anspruch zweifellos zu. Der Schuldner kann aber wählen, welche der Leistungen bei der Festsetzung der in § 307 Abs. 1 vorgeschriebenen Haftungsgrenze zu Grunde gelegt werden soll. Und zwar kann er dabei seine

Wahl ebenso auf die später untergegangenen Gegenstände, wie auf die von Anfang an unmögliche Leistung richten[34].

c) Die anfänglich möglichen Leistungen sind wiederum noch vor der Wahlerklärung unmöglich geworden, aber entweder alle, oder doch wenigstens eine von ihnen durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand. Dann ist dem Gläubiger ein Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses erwachsen. Aber auch hier kann der Schuldner in freier Wahl bestimmen, welche der geschuldeten Gegenstände der Schadensberechnung zu Grunde gelegt werden soll, und auch hier ist die anfänglich unmögliche Leistung von der Wählbarkeit keineswegs ausgeschlossen[35].

d) Wird auch nur eine der anfänglich möglichen Leistungen später durch einen vom Gläubiger zu vertretenden Umstand unmöglich, so kann der Gläubiger irgend einen Anspruch überhaupt nicht geltend machen.

e) War nicht nur eine, sondern waren sämtliche wahlweise geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich, so hat der Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, auch wenn der Schuldner nur in Ansehung einer dieser Leistungen bei der Errichtung des Geschäfts die Unmöglichkeit kannte bezw. kennen musste. Aber auch hier muss es dem Schuldner freistehen, zu bestimmen, bezüglich welches der geschuldeten Gegenstände die nach den Schlussworten von § 307 Abs. 1 Satz 1 erforderliche Grenzziehung vorgenommen werden soll.

B) Das Wahlrecht steht dem Schuldner zu, aber nicht er, sondern der Gläubiger ist es, der die Unmöglichkeit der einen Leistung bei der Schließung des Vertrags kannte bezw. kennen musste.

a) Auch hier kann der Schuldner, solange die übrigen Leistungen noch möglich sind, seine Wahl nur auf diese richten (§ 265). Doch hat er wegen der Beschränkung, die sein Wahlrecht erfährt, gegen den Gläubiger den negativen Schädenanspruch aus § 307[36].

[34] Vgl. oben I unter 4 bei Anm. 20. Übereinstimmend Melliger a. a. O. S. 84.
[35] Vgl. auch oben § 10 unter I 2 b (S. 204 ff.).
[36] Der Schaden, den der Schuldner durch Beschränkung seines Wahl-

b) Ist nicht nur eine, sondern sind sämtliche der wahlweise geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich, so hat der Schuldner Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses schon dann, wenn sich der Gläubiger auch nur in Ansehung einer einzigen von ihnen in dem maßgebenden Zeitpunkt in fahrlässiger Unkenntnis befand. Hier wäre es aber offenbar unbillig, wollte man dem Schuldner ein Bestimmungsrecht darüber einräumen, welche der unmöglichen Leistungen der Feststellung der Haftungsgrenze zu Grunde gelegt werden soll. Vielmehr ist hier der Schadensersatz immer nur im Hinblick auf diejenige Leistung zu berechnen, um deren Unmöglichkeit der Gläubiger wusste bezw. wissen musste[37]. Nur wenn diese Voraussetzung bei mehreren Leistungen zutrifft, greift, soweit dies der Fall ist, das Wahlrecht des Schuldners Platz.

c) An dem Anspruch des Schuldners auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses ändert sich nichts, wenn von den anfänglich möglichen Leistungen noch vor Ausübung des Wahlrechts die eine oder die andere oder auch alle durch Zufall unmöglich werden. Bezüglich der Schadensberechnung gilt das unter b) Gesagte.

d) Ebensowenig erfährt der gedachte Anspruch des Schuldners eine Veränderung dadurch, dass von den anfänglich möglichen Leistungen die eine oder die andere durch eine culpa des Schuldners unmöglich wird. Sind aber schließlich alle Leistungen unmöglich geworden, und darunter auch nur eine einzige zufolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstands, so tritt dem negativen Ersatzanspruch des

rechts erleidet, kann verschiedener Art sein. Er kann beispielsweise darin bestehen, dass der Schuldner zufolge der Unmöglichkeit der Leistung x die geringerwertige Sache y wählen muss und dementsprechend auch nur eine geringere Gegenleistung erhält, als er bei Lieferung der Sache x bekommen hätte. Der Schaden kann aber ebensogut darin bestehen, dass der Schuldner gegen dieselbe Gegenleistung, die er für die minderwertige Sache x hätte haben können, nunmehr die höherwertige Sache y eintauschen muss. Es hängt hier alles von dem konkreten Vertragsinhalt, insbesondere also davon ab, ob für die sämtlichen alternativ geschuldeten Gegenstände die gleiche, oder ob für die einzelnen eine verschiedene Gegenleistung vereinbart worden war.

[37] Anderer Meinung offenbar Melliger a. a. O. S. 84.

Schuldners ein positiver Erfüllungsanspruch des Gläubigers gegenüber, und bezüglich dieses Anspruchs hat allerdings der Schuldner das Recht, nach freier Wahl zu bestimmen, von welcher der alternativ geschuldeten Leistungen bei der Feststellung des Schadens ausgegangen werden soll.

e) Hat der Gläubiger, abgesehen davon, dass er um die anfängliche Unmöglichkeit der einen Leistung wusste, hinterher auch noch eine oder mehrere der möglichen Leistungen durch sein Verschulden unmöglich gemacht, so ist das Wahlrecht des Schuldners dadurch unbeschränkt frei geworden (vgl. oben I 4 bei Anm. 21). Fällt dessen Wahl auf die von Anfang an unmögliche Leistung, so gilt diese als die allein geschuldete, der Vertrag ist somit nach § 306 nichtig. Dann hat der Schuldner natürlich Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Wählt er hingegen eine der anfänglich möglichen Leistungen, so kann von einem negativen Interesse, das zu ersetzen wäre, nirgends mehr die Rede sein. Er kann dann, je nachdem auf welche der Leistungen er seine Wahl lenkt, entweder die Gegenleistung nach § 324, oder außerkontraktlichen Schadensersatz nach § 823, oder beides verlangen.

C) Der Gläubiger hat das Wahlrecht und der Schuldner ist es, der bei Vertragsabschluss um die anfängliche Unmöglichkeit der einen Leistung wusste bezw. wissen musste. Diese Konstellation bildet das Analagon zu B), und es erledigen sich darum hier, unter Hinweis auf das soeben Ausgeführte, die einzelnen Eventualitäten in Kürze dahin:

a) Das Wahlrecht des Gläubigers beschränkt sich auf die möglichen Leistungen. Den Schaden, den er zufolge dieser Beschränkung erleidet, darf er vom Schuldner nach § 307 als sein negatives Vertragsinteresse ersetzt verlangen[38].

b) Sind sämtliche Leistungen von Anfang an unmöglich, so kann der Festsetzung der Haftungsgrenze nur diejenige Leistung zu Grunde gelegt werden, bei welcher den Schuldner der Vorwurf der schuldhaften Unkenntnis trifft. Ist dies

[38] Vgl. das in Anm. 36 Gesagte, das mutatis mutandis auch hier gilt. Ein hübsches hierher gehöriges Beispiel findet sich ferner in dem der Kritik des E. I gewidmeten Aufsatze Labands im Archiv f. civil. Praxis Bd. 74 S. 5.

bezüglich mehrerer Leistungen der Fall, so kann der Gläubiger unter diesen die in Betracht zu ziehende auswählen.

c) Gehen später von den anfänglich möglichen Leistungen einige oder alle durch Zufall unter, so hat dies auf den negativen Schadensersatzanspruch des Gläubigers keinen Einfluss. Er behält ihn mit der soeben gedachten Beschränkung.

d) Geht eine der anfänglich möglichen Leistungen durch culpa des Schuldners unter, so wird das Wahlrecht des Gläubigers unbeschränkt frei (s. oben I 4 bei Anm. 21). Wählt er jetzt die anfänglich unmögliche Leistung, so gilt diese als die allein geschuldete. Der Vertrag ist dann nach § 306 nichtig, und der Gläubiger hat Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses gemäß § 307. Fällt seine Wahl hingegen auf eine der anfänglich möglichen Leistungen, so ist ihm ein negativer Schaden in keiner Weise erwachsen. Er hat dann, je nachdem er die durch Zufall untergegangene oder die durch culpa des Schuldners unmöglich gewordene oder eine der noch möglichen Leistungen wählt, nichts oder Schadensersatz nach § 280 oder Erfüllung zu fordern.

e) Wird die eine oder die andere der anfänglich möglichen Leistungen durch Verschulden des Gläubigers unmöglich, so wird dadurch an dem negativen Schädenanspruch des letzteren nichts geändert. Es gilt also das unter c) Gesagte. Wie die Verschuldung des Gläubigers im übrigen wirkt, ist bereits in anderem Zusammenhang gezeigt worden[39].

D) Der Gläubiger hat das Wahlrecht und er ist es selbst, den bezüglich der anfänglichen Unmöglichkeit der einen Leistung der Vorwurf der schuldhaften Unkenntnis trifft. Diese Gruppierung entspricht offenbar der unter A), und es sind darum die hier herauszustellenden Resultate mit den dort gewonnenen Ergebnissen zu vergleichen.

a) Der Gläubiger kann hier zunächst nur eine der möglichen Leistungen wählen. Von einem Anspruch des Schuldners auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses kann in solchem Falle keine Rede sein.

b) Die anfänglich möglichen Leistungen sind später sämt-

[39] Vgl. oben § 10 II 1 c und 2 c.

lich durch Zufall untergegangen. Dann steht dem Schuldner ein solcher Anspruch allerdings zu. Der Gläubiger hat aber das Recht, zu bestimmen, von welcher der wahlweise geschuldeten Leistungen bei der Festsetzung der Haftungsgrenze ausgegangen werden soll.

c) Die anfänglich möglichen Leistungen sind später sämtlich unmöglich geworden und zwar entweder alle oder doch wenigstens eine von ihnen durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand. Dann hat letzterer vom Gläubiger wiederum nichts zu fordern.

d) Die anfänglich möglichen Leistungen gehen später sämtlich unter und zwar eine von ihnen oder mehrere durch einen vom Gläubiger selbst zu vertretenden Umstand. Dann kommt es darauf an, in welcher Weise der Gläubiger sein nunmehr frei gewordenes Wahlrecht (s. oben I 4 bei Anm. 20) ausübt. Wählt er die anfänglich unmögliche Leistung, so ist der Vertrag nach den §§ 263 Abs. 2 und 306 von Anfang an nichtig. Alsdann hat der Schuldner Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Fällt hingegen die Wahl des Gläubigers auf eine der ursprünglich möglichen Leistungen, so kann von einem negativen Schädenanspruch des Schuldners keine Rede sein. Er hat dann, je nachdem wie der Gläubiger wählt, entweder ein Recht auf die vereinbarte Gegenleistung nach § 324, oder Anspruch auf außerkontraktlichen Schadensersatz nach § 823, oder beide Befugnisse nebeneinander.

e) Ist nicht nur eine, sondern sind sämtliche der wahlweise geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich, so hat der Schuldner den Anspruch auf das negative Vertragsinteresse schon dann, wenn der Gläubiger bei der Schließung des Vertrags auch nur in Ansehung einer von ihnen die Unmöglichkeit kannte bezw. kennen musste. Doch steht es hier dem Gläubiger frei, die Leistung zu bestimmen, hinsichtlich welcher die nach dem letzten Halbsatz von § 307 Abs. 1 Satz 1 erforderliche Grenzziehung vorgenommen werden soll.

III.

Wir haben oben in § 3, als wir auf die praktischen und theoretischen Bedenken hinwiesen, welche der Unterscheidung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit a priori anhaften, die Frage aufgeworfen, ob es wohl notwendig sei, an dieser Unterscheidung festzuhalten. Da nun, wie sich noch im folgenden Paragraphen zeigen wird, das Gesetzbuch bei der subjektiven Unmöglichkeit der Leistung einen prinzipiellen Unterschied zwischen der von Anfang an vorhandenen und der erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit nicht gemacht hat, die ganze Distinktion also praktische Bedeutung lediglich für die objektive Unmöglichkeit der Leistung hat, so dürfte es jetzt, wo wir sowohl die Rechtssätze kennen, die das Gesetzbuch in Ansehung der nachfolgenden Unmöglichkeit statuiert hat, wie diejenigen, die es bezüglich der anfänglichen aufgestellt, am Platze sein, die in § 3 offen gelassene Frage von neuem aufzunehmen und sie nunmehr zu beantworten. Würde es gelingen, sie zu verneinen, also die Entbehrlichkeit der Unterscheidung darzuthun, so wäre damit zugleich der weitere Vorteil gewonnen, dass sich künftighin auch die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung erübrigte. Denn oben in § 4 ist gezeigt worden, dass dieser Gegensatz sein Dasein lediglich dem Umstand zu verdanken hat, dass es sich bei der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung notwendig macht, diejenige Gruppe von unmöglichen Leistungen, für welche der Satz „impossibilium nulla obligatio“ gilt, begrifflich zu trennen von den Unmöglichkeitsfällen, auf welche dieser Satz keine Anwendung leidet. Gelänge es also, den Gegensatz von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit zu überwinden, so würde damit jede Veranlassung fort fallen, fernerhin noch zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit zu unterscheiden. Es bliebe dann nur der einfache und einheitliche Begriff der Unmöglichkeit der Leistung übrig, der keine andere, als die in der Natur der Sache sich gründende Zerlegung duldete: nämlich die in totale und teilweise Unmöglichkeit.

Das Ziel also, dessen Erreichung hier als wünschenswert hingestellt wird, geht dahin: es möchten sich Mittel und Wege finden lassen, die anfängliche und die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung im allgemeinen den gleichen Rechtssätzen zu unterwerfen. Dieser Erfolg lässt sich nun, rein logisch betrachtet, auf zwiefach verschiedene Weise erreichen:

a) dadurch, dass man versucht, die Rechtssätze, die ein Gesetzbuch für die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung aufgestellt hat, auch auf die nachträgliche Unmöglichkeit anzuwenden;

b) umgekehrt dadurch, dass man die für die nachträgliche Unmöglichkeit aufgestellten Grundsätze auf die anfängliche Unmöglichkeit überträgt.

Nun ist bezüglich des unter a) angegebenen Weges leicht einzusehen, dass er nicht gangbar oder doch zum mindesten nicht empfehlenswert ist. Ein Blick auf die §§ 306 ff. des B. G. B. dürfte zur Genüge zeigen, dass sich mit Hülfe dieser Rechtssätze die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung nicht befriedigend regeln lässt.

Also ist der unter b) bezeichnete Weg einzuschlagen, bei dem es sich um den Versuch handelt, die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung denselben Rechtssätzen zu unterstellen, die bei der nachträglichen Platz greifen. Es kann aber offenbar auf diesem Wege der Gegensatz von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit nur dann überwunden werden, wenn zweierlei zutrifft:

1) wenn es angängig ist, auch den über eine unmögliche Leistung abgeschlossenen Vertrag als gültig zu betrachten;

2) wenn die Resultate, die sich dabei ergeben, nicht hinter denjenigen, die wir soeben unter I und II von dem Nichtigkeitsstandpunkt aus gewonnen haben, an Billigkeit und praktischer Brauchbarkeit zurückbleiben.

Somit spitzen sich die Fragen, die im Nachstehenden zu beantworten sind, dahin zu:

1) Ist es unumgänglich notwendig, dass der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag nichtig ist, oder lässt sich nicht de lege ferenda auch die Gültigkeit eines solchen Vertrages verteidigen?

2) Und wenn dies möglich ist, welches sind die Resultate, falls man auf den gültigen Vertrag die Rechtssätze von der nachträglichen Unmöglichkeit anwendet?

Was die erstere Frage betrifft, so ist es selbstverständlich, dass bei der anzustellenden Erörterung von vornherein diejenigen Fälle außer Betracht zu bleiben haben, wo sich bei der Schließung des Vertrags beide Parteien bewusst sind, dass sie eine unmögliche Leistung vereinbaren. Denn dass ein Kaufvertrag über ein Pferd, von dem alle Beteiligten wissen, dass es tot ist; oder (um ein in den römischen Quellen beliebtes Beispiel zu gebrauchen) dass ein Vertrag über die Lieferung eines Hippocentaurus; oder dass ein Kontrakt, in welchem sich jemand erbietet, den anderen Teil binnen 24 Stunden auf den Mond zu befördern, niemals gültig, sondern unter allen Umständen nichtig ist, liegt auf der Hand. Dazu bedarf es aber nicht erst des Rechtssatzes: impossibilium nulla obligatio. Derartige absurde Rechtsgeschäfte würden auch ohne den § 306 des B. G. B. auf Grund der allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen ungültig sein. (Vgl. die §§ 117, 118 des Gesetzbuchs)[40].

Wenn also hier ernstlich daran gedacht wird, auch den auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für gültig zu erklären, so kann es sich immer nur um solche Fälle handeln, in welchen den Parteien, nach der ihnen bekannten Lage der Dinge, die Absicht, einen rechtsgültigen Vertrag abzuschließen, vernünftigerweise unterstellt werden kann. Dies trifft in der Regel nur dann zu, wenn entweder beiden Teilen oder doch wenigstens einem Teile die Unmöglichkeit der Leistung bei der Errichtung des Geschäftes unbekannt ist.

Aber gerade diese Fälle sind es, für welche der fast zum Dogma gewordene Satz: impossibilium nulla obligatio von jeher gegolten hat. Es dürfte wohl kein Civilgesetzbuch und kein Lehrbuch des Privatrechts geben, in dem er nicht in

[40] Es gilt für solche Fälle, wie Mommsen, Beiträge I S. 106 Anm. 7 richtig betont, was in l. 31 D. de obl. et act. 44, 7 von den unmöglichen Bedingungen gesagt wird: „quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.“

irgend einer Fassung zu finden wäre. Und so sehr wohnt ihm schon der Charakter des Axioms inne, dass nur äußerst selten ein Versuch zu seiner Begründung unternommen wird. Und doch müssen wir den Grund des Rechtssatzes kennen lernen, wenn wir seine Entbehrlichkeit darthun wollen. Dieser könnte aber nur in zweierlei gefunden werden: entweder die Rechtsordnung selbst hat ein Interesse daran, dass Verträge über unmögliche Leistungen nicht abgeschlossen werden und deshalb erklärt sie solche Verträge schlechthin für nichtig. Oder der Rechtsordnung an und für sich ist es einerlei, ob die Verträge über mögliche oder über unmögliche Leistungen abgeschlossen werden, aber es verträgt sich mit der Natur der unmöglichen Leistung nicht, dass über sie ein rechtsgültiger Vertrag zu stande kommt[41]. Dass der erste Grund nicht stichhaltig ist, liegt offen zu Tage. Denn die Rechtsordnung ist zwar in hohem Maße daran interessiert, dass keine Verträge über verbotene Leistungen eingegangen werden, indem sie in der Regel mit sich selbst in Widerspruch geraten würde, wenn sie auf der einen Seite etwas verbieten und auf der anderen Seite den die Übertretung des Verbots bezweckenden Vertrag von rechtswegen sanktionieren wollte. Aber daran, dass keine Verträge abgeschlossen werden über Leistungen, die nicht bewirkt werden können, ist der Staat als solcher mit keinem einzigen seiner Interessen auch nur im entferntesten beteiligt. Somit muss der Grund für den Rechtssatz, dass der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag

[41] Undenkbar ist es, mit Mommsen a. a. O. (dem sich Enneccerus, Rechtsgeschäft u. s. w. S. 595 ff. angeschlossen hat), den Satz auf den mutmaßlichen Parteiwillen zurückzuführen, „weil es unzweifelhaft sei, dass die Kontrahenten, wenn ihnen die Unmöglichkeit der Leistung bekannt gewesen wäre, eine Obligation auf diese Leistung nicht abgeschlossen hätten“. Dagegen schon Brinz in seiner Rezension des Mommsen'schen Buches (Krit. Überschau V S. 288 fg.; vgl. auch dessen Pandekten II 2. Aufl. S. 121 Anm. 2) und Hartmann a. a. O. S. 175. Wenn jeder Vertrag nichtig wäre, von dem anzunehmen ist, dass ihn die Parteien, falls sie gewisse Umstände gekannt oder vorausgesehen hätten, nicht abgeschlossen haben würden, dann müsste beispielsweise auch in sehr vielen Fällen der nachträglichen Unmöglichkeit der Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen sein. Denn auch hier kann man doch voraussetzen, dass die Parteien, wenn sie gewusst hätten, dass die Leistung später unmöglich wird, den Kontrakt nicht erst abgeschlossen haben würden.

nichtig ist, in der Natur der Unmöglichkeit selbst zu finden sein. Und das wird ja auch gewöhnlich von denjenigen, die es überhaupt der Mühe wert erachten, dem selbstverständlichen Satze eine Begründung beizufügen, behauptet, wenn sie hier von einem „der Natur der Sache“ zu entnehmenden, der „naturalis ratio“ entstammenden Rechtssatz reden[42]. Liegt es aber wirklich im Begriff der unmöglichen Leistung eingeschlossen, dass der auf sie gerichtete Vertrag nichtig sein muss? Aus der Natur und dem Wesen der Unmöglichkeit kann doch nur gefolgert werden, dass die unmögliche Leistung nicht bewirkt werden kann. Darin liegt aber noch keineswegs ausgesprochen, dass der über eine solche Leistung abgeschlossene Vertrag notwendig nichtig ist[43]. Es ist doch zweierlei,

[42] So behauptet z. B. Planck II S. 79 unter 2, die Vorschrift des § 306 B. G. B. sei lediglich „eine Folgerung aus dem Wesen der objektiven Unmöglichkeit“, und Dernburg a. a. O. S. 130 meint, dass Ausnahmen von ihr „undenkbar“ seien. Ähnlich Oertmann, Kommentar S. 57; L. Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum Entwurf eines B. G. B. Heft 1 S. 107 und viele andere. Vgl. auch Brinz, Pandekten II a. a. O.

[43] Beachtlich ist, dass schon Brinz in der Kritischen Überschau V S. 288 zu dem Satze impossibilium nulla obligatio bemerkt: „Denkbar ist auch der Sinn, dass es nur eine Verpflichtung zu Unmöglichem als solchem nicht gebe“ (statt dass überhaupt der Kontrakt oder die Obligation nichtig sei). Dass nicht das Wesen und die Natur der unmöglichen Leistung die Nichtigkeit des über sie abgeschlossenen Vertrags bedingt, erkennt man schon daraus, dass es trotz des vorhin citierten Dernburg'schen Ausspruchs von jeher in den einzelnen Rechtsordnungen Ausnahmen von dem Satze: impossibilium nulla obligatio gegeben hat, die in der That undenkbar wären, wenn es sich hier um eine „naturnotwendige“ Wahrheit handelte. So haben schon die Römer, wie aus den bei Mommsen, Beiträge I S. 125 ff. citierten Quellenstellen hervorgeht, unter Umständen sowohl den über einen freien Menschen, wie den über eine res extra commercium abgeschlossenen Kaufvertrag für gültig angesehen und den Verkäufer aus dem gültigen Vertrag, selbst bei Abwesenheit jeder culpa, auf das Erfüllungsinteresse haften lassen. Vgl. auch Hartmann a. a. O. S. 181 und die spätere Arbeit von Mommsen über „die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen“ (Braunschweig 1879) S. 89—92. Und v. Savigny hat in seinem Obligationenrecht II § 81 S. 290 die, allerdings nicht mehr quellenmäßige, Lehre aufgestellt, dass nach Römischem Rechte Kaufverträge und andere gleichartige Geschäfte bei jeder dem Käufer unbekannten Unmöglichkeit gültig seien und den Verkäufer zur Leistung des Erfüllungsinteresses verpflichten. Ferner ist nach B. G. B. § 437 der Verkauf eines nicht existierenden Rechtes gültig und begründet für den Verkäufer eine unbedingte (positive) Schadensersatzpflicht. Und endlich: wenn eine „Sache“ so fehlerhaft ist, dass ihre Leistung

ob ein Thatbestand die Wirkung hat, dass überhaupt kein gültiger Vertrag zu stande kommt, oder ob er zwar einen gültigen Vertrag, aber keine Leistungspflicht des Schuldners entstehen lässt[44]. Im ersteren Falle werden kontraktliche Beziehungen zwischen den Parteien überhaupt nicht geschaffen, denn der vermeintliche Vertragsabschluss stellt rechtsgeschäftlich ein nihil actum dar. In letzterem Falle schlingt sich allerdings das obligatorische Band des Vertrags um die Parteien, wenn auch die Obligation regelmäßig nicht zu einer „actio“ führt. Nun wird man vielleicht einwenden, was hat es für einen Zweck, einen Vertrag existent werden zu lassen, dem es von vornherein an jedem Inhalt fehlt. Zugegeben einstweilen, dass es ihm wirklich an jedem Inhalt fehle — es wird sich noch zeigen, dass dies durchaus nicht immer der Fall ist, — so handelt es sich vorläufig gar nicht um die Frage, ob die Anerkennung eines solchen Vertrags einen Zweck hat oder nicht; sondern nur darum, ob sie überhaupt denkbar ist, oder ob ihr nicht die „Natur der Unmöglichkeit“ entgegensteht. Und diese Frage lässt sich m. E. nur in ersterem Sinne beantworten: der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag kann an sich ebensowohl gültig wie nichtig sein: es ist lediglich Sache des positiven Rechtes, für welche von beiden Alternativen es sich entscheiden will[45].

auch nicht einmal als teilweise Erfüllung des Schuldverhältnisses angesehen werden kann, so ist doch der über sie abgeschlossene Schuldvertrag niemals, weder nach jetzigem noch nach früherem Rechte, nichtig. Vgl. oben Anm. 3 und unten § 13 II 2 und III 1 und § 17 unter 3a und b. Wie aber wären alle diese Lehr- und Rechtssätze denkbar, wenn sich aus der Natur der unmöglichen Leistung mit zwingender Notwendigkeit die Nichtigkeit des auf sie gerichteten Vertrags ergäbe?

[44] Vgl. § 6 der Darstellung S. 101 und S. 115.

[45] Es liegt ja auch nicht in der Natur der nachträglichen Unmöglichkeit eingeschlossen, dass sie durch ihren Eintritt den Vertrag zur Auflösung bringt. Vielmehr ist dies nach B. G. B., wie wir oben in § 6 gesehen haben, gerade nicht der Fall. Andrerseits steht aber nichts im Wege (wenn es sich auch aus praktischen Gründen nicht empfiehlt), dass ein Gesetzbuch der nachträglichen Unmöglichkeit eine solche Wirkung beilegt, und es lassen sich, wie Anm. 4 und 7 des § 6 zeigen, auch dafür Beispiele finden. Ebenso handelt es sich auch bei der Regelung der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung nicht darum, naturrechtliche Wahrheiten zu verwirklichen, sondern rechtspolitische Fragen zu beantworten, u. z. so zu

Und wenn man sich nun für die Gültigkeit des Vertrags entscheidet, wie gestalten sich dann die Resultate, falls man auf den gültigen Vertrag die für die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung in Betracht kommenden Rechtssätze anwendet? Da es sich bei der von Anfang an vorhandenen Unmöglichkeit der Leistung nur in Ausnahmefällen um eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit handelt (vgl. oben § 5 unter 5), so würde hier in aller Regel, wenn wir das B. G. B. zu Grunde legen, der Schuldner gemäß § 275 von der Leistungspflicht und dementsprechend auch der Gläubiger nach § 323 von der Gegenleistungspflicht frei sein. In Ansehung der Leistungspflichten würde also das hier gewonnene Resultat mit dem sich nach § 306 des B. G. B. von dem Nichtigkeitsstandpunkt aus ergebenden übereinstimmen. Das Schuldverhältnis würde hier nur von Anfang an in dasjenige Stadium eintreten, in das es nach B. G. B. bei nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung mit dem Eintritt der Unmöglichkeit verfällt[46]. Hatte der Schuldner infolge des Umstands, der die Leistung gleich anfänglich unmöglich machte, ein stellvertretendes commodum erlangt, so würde der Gläubiger nach § 281 befugt sein, die Herausgabe desselben zu verlangen. In diesem Punkte würde das Resultat von dem des § 306 abweichen; denn dort konnte ja, wie oben unter I 2 gezeigt worden ist, der Gläubiger einen solchen Anspruch nur erheben, wenn die Parteien von vornherein für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung ein etwaiges commodum stillschweigend oder ausdrücklich als Ersatzleistung vereinbart hatten. Das hier gewonnene Ergebnis ist aber entschieden das bessere. Denn es liegt kein Grund vor, dem Gläubiger bei der anfänglichen Unmöglich-

beantworten, wie es im Interesse größtmöglicher Praktikabilität des Rechtes am wünschenswertesten erscheint.

[46] Und diese Kongruenz, die de lege lata nicht besteht, dürfte doch wohl auch der juristischen Logik am meisten entsprechen. Auf sie weist vom entgegengesetzten Standpunkt aus Pernice hin, wenn er in seinem Labeo II (1. Aufl.) S. 270 Anm. 31 im Anschluss an die alte Juristenformel: quae recte constiterunt, resolvi possunt, cum in eum casum reçiderunt, a quo non potuissent consistere, die Bemerkung macht: „Der Untergang der Obligation durch nachfolgende Unmöglichkeit und das Nichtzustandekommen durch gegenwärtige können nicht voneinander getrennt werden.“

keit nicht ebenso wie bei der nachträglichen Unmöglichkeit das Recht auf das commodum kraft dispositiven Rechtssatzes zuzusprechen. — Wusste der Schuldner bei der Schließung des Vertrags um die Unmöglichkeit der Leistung, oder beruhte seine Unkenntnis von ihr auf Fahrlässigkeit, so hat er, da er natürlich schon bei der Geschäftserrichtung zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet ist, auch vom Standpunkt der Vertragsgültigkeit aus dem Gläubiger denjenigen Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Möglichkeit der Leistung vertraut hat (vgl. oben § 5 unter 5). Inhaltlich würde der Anspruch derselbe sein, der dem Gläubiger nach § 307 des B. G. B. gegen den Schuldner zusteht[47]. Nur dass er sich de lege lata als ein außerkontraktlicher darstellt, während er hier unmittelbar aus dem Vertrag fließen würde[48]. Für die Beweislastverteilung ergäbe sich daraus die Abweichung, aber auch die Verbesserung, dass nicht der Gläubiger dem Schuldner die Kenntnis bezw. die schuldhafte Unkenntnis von der Unmöglichkeit nachzuweisen, sondern der Schuldner darzuthun hätte, dass er um die letztere nicht wusste und auch nicht wissen konnte. Ferner: wenn der Schuldner erst nach der Errichtung des Geschäfts von der Unmöglichkeit der Leistung erführe, so verstünde es sich vom Standpunkt der Gültigkeit des Vertrags aus ganz von selbst, dass er, weil er dann als Schuldner die Gebote von Treu und Glauben im Verkehr zu beobachten hätte, dem Gläubiger von der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung Mitteilung machen müsste, widrigenfalls er schadensersatzpflichtig würde. Dieses der Billigkeit unbedingt entsprechende Resultat lässt sich, wie oben S. 227 hervorgehoben wurde, auf Grund der §§ 306 ff. des B. G. B. nicht erzielen. Und weiter: wird die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung

[47] Der in § 307 dem Schuldner auch gegen den Gläubiger eingeräumte Anspruch, der sich von unserem Standpunkt aus nicht in gleicher Weise von selbst ergeben würde, ist, wie schon oben in Anm. 23 bemerkt wurde, entbehrlich. — Der Satz 2 von § 307 Abs. 1 würde bei Annahme der Gültigkeit des Vertrags in dem allgemeinen Rechtssatz des § 254 Abs. 1 aufgehen.

[48] Damit würde jeder Zweifel darüber, wann dieser Anspruch verjährt, und ob etwaige Bürgen und Pfänder für ihn haften (vgl. oben II 5 u. 6), von selbst verschwinden.

späterhin gehoben, so führt die Gültigkeit des Vertrags von selbst zu dem Ergebnis, dass die Leistung vom Schuldner bewirkt werden muss, wenn der Wegfall der Unmöglichkeit rechtzeitig erfolgt. Zur Statuierung dieser Leistungspflicht bedarf es hier weder eines besonderen Rechtssatzes, wie ihn das B. G. B. in § 308 Abs. 2 hat aufstellen müssen, noch macht hier der Anspruch des Gläubigers auf die später möglich werdende Leistung irgend welche konstruktiven Schwierigkeiten. Und neben diesem theoretischen Nutzen, den sie hat, würde die hier vorgeschlagene Regelung der anfänglichen Unmöglichkeit das geltende Recht in diesem Punkte auch praktisch erheblich verbessern. Denn der Gläubiger würde die Leistung nicht nur dann verlangen können, wenn sie sich noch vor der Fälligkeit oder gerade am Tage derselben in eine mögliche verwandelte (vgl. oben S. 221/2), sondern auch dann, wenn dies zwar erst nach diesem Zeitpunkt, aber doch zu einer Frist geschähe, in der die nachträgliche Leistung noch als Erfüllung des Schuldverhältnisses angesehen werden müsste. Ja noch mehr! Erklärt man auch den auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für gültig, so ist der Schuldner verpflichtet, da, wo eine Hebung der Unmöglichkeit nicht ausgeschlossen erscheint, mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auf die Herbeiführung dieses Erfolges hinzuwirken, während sich nach B. G. B., unter Zuhülfenahme einer gekünstelten Konstruktion, nur soviel erreichen lässt, dass der Schuldner den Wegfall der Unmöglichkeit nicht wider Treu und Glauben verhindern darf (§§ 162 und 308 Abs. 2; vgl. oben Anm. 15). Schließlich würde sich bei der teilweisen Unmöglichkeit von dem hier eingenommenen Standpunkt aus die immer nur sehr schwer zu beantwortende Frage: ob die Parteien den Vertrag wohl auch über den möglichen Teil der Leistung abgeschlossen haben würden, erübrigen, und sodann das hässliche Auseinanderfallen des Vertrags in einen teilweise nichtigen und teilweise gültigen vermieden werden. —

Das Ergebnis des hier angestellten Versuchs wäre somit folgendes: Da an und für sich nichts im Wege steht, auch den auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für gültig zu erklären, indem die Natur der Unmöglichkeit keineswegs die

Nichtigkeit des Vertrags bedingt; da ferner, falls man auf diesen gültigen Vertrag die Rechtssätze anwendet, die bei der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung als zweckentsprechend befunden worden sind, die sich herausstellenden Resultate entweder die gleichen, oder da, wo sie abweichen, die besseren sind, als die sich vom Nichtigkeitsstandpunkt aus ergebenden, so ist in der That die Unterscheidung von anfänglicher und nachträglicher und somit, nach dem am Eingang dieses Abschnitts Gesagten, auch die von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit entbehrlich. Damit ist aber auch beiden Distinktionen das Urteil gesprochen. Denn Unterscheidungen, die theoretisch anfechtbar und praktisch nicht notwendig sind, müssen unbedingt aufgegeben werden. Thut man es, so lässt sich die Materie, die im B. G. B. durch ihre zerstreute Behandlung an den verschiedensten Stellen den Eindruck der Zerrissenheit und Unübersichtlichkeit macht[49], auch gesetzgeberisch um vieles einfacher gestalten. Die §§ 306 ff. des B. G. B. könnten dann glatt gestrichen werden[50]. Dafür würde der § 275 die gefälligere und ansprechendere Fassung erhalten: „Ist dem Schuldner zufolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, die Bewirkung der ihm obliegenden Leistung unmöglich, so ist er von seiner Leistungspflicht frei.“ Und entsprechend wären auch die übrigen von der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung handelnden Paragraphen in ihrem Wortlaut so umzugestalten, dass sie sich gleichmäßig auf die von Anfang an vorhandene, wie auf die erst nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Unmöglichkeit bezögen. —

Indessen müssen wir von diesen de lege ferenda gemachten Vorschlägen wieder zur lex lata, die nun einmal an den beiden im Vorstehenden als entbehrlich bezeichneten Unterscheidungen festgehalten hat, zurückkehren. Wir haben im

[49] Was schon dem E. I gegenüber mit Recht getadelt worden ist. Vgl. Laband im Archiv. f. civil. Praxis Bd. 73 S. 195 und L. Goldschmidt, Kritische Erörterungen Heft 1 S. 85 Anm. 3.

[50] Es mag erwähnt werden, dass in der 2. Kommission ein dahin zielender Antrag, wenn auch mit unzulänglicher Begründung, thatsächlich gestellt worden ist: vgl. Protokolle I S. 448 fg. und 454 fg.

zweiten Kapitel die für die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung in Betracht kommenden Rechtssätze kennen gelernt. In diesem Paragraphen sind unter I und II die Grundsätze dargestellt worden, die das Gesetzbuch in Ansehung der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit der Leistung aufgestellt hat. Es bleibt also noch übrig, dass wir in einem folgenden Paragraphen untersuchen, welche Regelung das Gesetzbuch der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit hat zu teil werden lassen.

2. Die subjektive Unmöglichkeit der Leistung.

§ 12.

Eine anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung oder, um in der Sprache des Gesetzbuchs zu reden, ein anfängliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung liegt nach dem oben in § 3 und § 4 Ausgeführten dann vor, wenn zwar nicht jedermann, aber gerade der Schuldner zur Zeit des Vertragsabschlusses außer stande ist, die versprochene Leistung zu bewirken. In Ansehung dieser Art von Unmöglichkeit der Leistung hat nun das Gesetzbuch ausdrückliche Bestimmungen überhaupt nicht getroffen. Daraus folgt im Hinblick auf das in § 306 enthaltene argumentum e contrario mit zweifelloser Sicherheit jedenfalls das Eine: der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist nicht nichtig, sondern, wenn nicht gerade andere Hinderungsgründe entgegenstehen, in aller Regel gültig[1]. Sonach wäre wenigstens für die subjektive Unmöglichkeit der Leistung der grundsätzlichen Gleichstellung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit de lege lata nicht von vornherein der Weg verschlossen. Es fragt sich nur, ob diese Gleichstellung auch wirklich im Gesetzbuch durchgeführt ist. Die herrschende

[1] Wohl nur ein Versehen, aber jedenfalls unrichtig ist es, wenn Stammler a. a. O. S. 107 das Gegenteil behauptet. So, wie das B. G. B., übrigens schon die bisherigen Rechte. Eine Ausnahme machte nur für das Gebiet des französischen Rechtes der Art. 1599 des Code civil.

Meinung verneint die Frage, denn nach ihr soll der Schuldner, wenn er von Anfang an zur Bewirkung der übernommenen Leistung „unvermögend“ ist, aus dem gültigen Vertrag unbedingt auf das Erfüllungsinteresse haften; m. a. W.: während bei der erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden subjektiven Unmöglichkeit der Schuldner von jeder Verbindlichkeit frei wird, wenn sich erstere als die Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands darstellt, soll er, wenn sein Nichtleistenkönnen auf einer von Anfang an vorhandenen subjektiven Unmöglichkeit beruht, in allen Fällen schadensersatzpflichtig sein[2]. Dieser Ansicht zufolge würde also nach B. G. B. auch bei der subjektiven Unmöglichkeit der Leistung zwischen der anfänglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit ein prinzipieller Unterschied bestehen. Ist diese Ansicht richtig?

Da es sich bei der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung, wie oben in § 5 unter 5 gezeigt worden ist, in der Regel um unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung handelt, so lassen sich für eine solche unbedingte Haftung des Schuldners nur zweierlei Gründe denken: entweder der Schuldner hat beim Abschluss des Vertrags freiwillig, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, das Einstehen für die subjektive Möglichkeit der Leistung übernommen; oder aber die Rechtsordnung lässt von Gesetzes wegen ein für allemal jeden, der eine Leistung verspricht, dafür haften, dass er nicht von Anbeginn an zur Bewirkung der Leistung „unvermögend“ ist. Was den ersteren Punkt betrifft, so mag es ja in der That Fälle geben, wo ein Schuldner bei Abschluss des Kontraktes freiwillig ein solches Garantieversprechen abgiebt. Viel zu weitgehend aber

[2] Vgl. Motive II S. 45 fg. und S. 378, 380; Planck II S. 47 unter 3 a; Mayring, Kommentar S. 36 unter II 1; Schollmeyer, Kommentar S. 151 zu § 306 unter 1; Dernburg a. a. O. S. 131 fg.; Enneccerus a. a. O. S. 398; Cosack I S. 333 unter 2 d; Endemann I S. 553 unter c; Otto, Recht der Schuldverhältnisse im Sächs. Archiv Bd. 8 S. 676; Neumann, B. G. B. I § 306 S. 158/9 unter 2. Ähnliche Ansicht schon für das gemeine Recht bei Windscheid II § 315 Text zu Anm. 2; für das französche Recht bei Crome, Grundlehren des französ. Obligationenrechts S. 38 Anm. 2; für das Schweizerrecht: Schneider-Fick, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht Art. 17.

ist es, deshalb in allen Fällen, wo ein Schuldverhältnis „durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründet wird", in der Abgabe des Schuldversprechens „die Übernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit" zu erblicken[3]. Es wäre geradezu eine Vergewaltigung des Parteiwillens, wenn man dem Schuldner auf diese Weise Absichten unterlegen wollte, von denen in der Mehrzahl aller Fälle fast mit Sicherheit anzunehmen ist, dass er sie nicht gehabt hat. Also kann es sich, wenn die von der herrschenden Meinung behauptete unbedingte Haftung des Schuldners für das von Anfang an vorhandene Unvermögen zur Leistung wirklich besteht, nur um eine gesetzlich auferlegte Garantiepflicht handeln. Eine solche müsste sich aber natürlich im positiven Rechte mit aller Bestimmtheit nachweisen lassen. Nun ist es zwar richtig, dass das B. G. B. bei einzelnen Schuldverhältnissen (wie z. B. beim Kauf und den ihm verwandten Austausch-Obligationen und ebenso bei der Miete) für eine bestimmte Art von anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit, nämlich für Mängel im Rechte, das unbedingte Einstehen des Schuldners angeordnet hat[4]. Aus diesen Sondervorschriften lässt sich aber kein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts ableiten, dass der Schuldner in jedem Falle eines von Anfang an vorhandenen Unvermögens zur Leistung auf das Erfüllungsinteresse zu haften hat. Auch daraus, dass das Gesetzbuch den auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für gültig erklärt, kann man, wie aus den am Schlusse des vorigen Paragraphen angestellten Betrachtungen hervorgeht, noch nicht auf eine vom Gesetz gewollte Garantiehaftung schließen[5].

Das einzige Argument, das sich bei einer oberflächlichen Interpretation des Gesetzes für die herrschende Meinung anführen ließe, wäre der § 275. Dieser bestimmt bekanntlich in Absatz 1, dass der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei wird, wenn die Leistung nachträglich durch einen von ihm

[3] So die Motive II S. 45/6; vgl. auch Planck a. a. O. und Endemann § 127 Anm. 11.

[4] Vgl. die §§ 439 Abs. 1, 445, 538 Abs. 1 B. G. B. und dazu § 13 der Darstellung unter II 1 und § 14 unter 3.

[5] Vgl. hierzu das instruktive Urteil des Reichsgerichts aus dem preußischen Recht: Entsch. Bd. 2 S. 204.

nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird, und fährt dann in Absatz 2 wörtlich fort: „Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.“ Eine flüchtige Auslegung könnte hier vielleicht mit dem logischen Schlusse vom Gegensatz operieren und sagen: Da in § 275 Abs. 2 nur davon die Rede ist, dass das nachträglich eintretende Unvermögen, falls es vom Schuldner nicht zu vertreten ist, ihn von der Verbindlichkeit befreit, so ist klar, dass das von Anfang an vorhandene Unvermögen zur Leistung, selbst unter der gleichen Voraussetzung, diese Wirkung nicht hat; dass der Schuldner vielmehr in solchem Falle leistungspflichtig bleibt, also Schadensersatz zu prästieren hat, wenn er die Leistung selbst nicht zu bewirken vermag[6]. Aber ganz abgesehen davon, dass aus der Nichtbefreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit noch durchaus nicht seine Verpflichtung zum Schadensersatz folgt, indem ja dazwischen als ein Drittes immer noch die Möglichkeit bloßen Wertersatzes übrig bleibt, so lässt sich aus § 275 ein solches argumentum e contrario überhaupt nicht ableiten. Der ganze Zusammenhang, in welchem dieser Paragraph im B. G. B. erscheint, und der Platz, den er im Gesetzbuch gefunden hat, lassen es als undenkbar erscheinen, dass sein Absatz 2, wenn auch nur implicite, eine Bestimmung über die von Anfang an vorhandene subjektive Unmöglichkeit der Leistung enthalte. Überhaupt ist dem B. G. B. gegenüber von dem zweischneidigen Schwerte des argumentum e contrario mit Vorsicht Gebrauch zu machen und bei seiner Anwendung weniger auf die Fassung des einzelnen Paragraphen, als auf seine Stellung im System des Ganzen zu rücksichtigen. Und selbst wenn der § 275 in seinem Wortlaut noch ungeschickter gefasst wäre, als er thatsächlich gefasst ist, so hieße es doch gegen die Regeln der ars interpretandi verstoßen, wollte man eine Ungeschicklichkeit des Gesetzgebers dazu benutzen, um dem Gesetzbuch einen praktisch unbrauchbaren Rechtssatz zu imputieren.

[6] Die Motive II S. 378 (unten) haben offenbar ein solches argumentum e contrario aus § 237 Abs. 2 des E. I im Auge.

Und dass ein Rechtssatz, der besagte: der Schuldner soll für jedes von Anfang an vorhandene Unvermögen zur Leistung unbedingt haften, unpraktisch wäre, dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen. Man denke doch nur an den Fall, dass dem Schuldner kurz vor Vertragsabschluss das Leistungsobjekt gestohlen wird. Liegt hier irgend eine Veranlassung vor, den Schuldner auf das Erfüllungsinteresse haften zu lassen? Den Diebstahl selbst hat der Schuldner nicht zu vertreten, da er zur Zeit desselben noch gar nicht obligiert war. Wir wollen aber auch annehmen, dass er im Moment der Geschäftserrichtung von ihm nichts wissen konnte und dass er auch bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nachträglich nicht im stande war, dem Diebe die gestohlene Sache wieder abzujagen. Ist hier vom Standpunkt der Billigkeit aus irgend eine Schadensersatzpflicht des Schuldners gerechtfertigt? Oder ist es nicht vielmehr übermäßig hart, letzteren, der schon seine Sache und damit den Anspruch auf die Gegenleistung vielleicht für immer verloren hat, überdies noch mit der Tragung des Schadens zu belasten, den der Gläubiger erlitten? Es ist dies um so widersinniger, als ja der Schuldner, wenn der Dieb die Sache bei der Wegnahme fallen gelassen und zerbrochen hätte, von jeder Verbindlichkeit frei sein würde. Denn dann wäre der später über die Sache abgeschlossene Vertrag wegen Nichtexistenz der letzteren nichtig. Ist es aber vernünftig, die Haftung des Schuldners von der Sorgfalt abhängig zu machen, mit welcher der Dieb die gestohlene Sache behandelt?

Aus dem Gesagten erhellt wohl zur Genüge: die herrschende Ansicht kann unmöglich richtig sein. Sie lässt sich weder de lege ferenda verteidigen, noch ist sie in der lex lata begründet. Thatsache ist vielmehr, dass sich im Gesetzbuch bezüglich der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit der Leistung an allgemeinen Lehren nur der eine Rechtssatz findet, der sich aus § 306 ableiten lässt: der auf eine solche Leistung gerichtete Vertrag ist gültig. Hingegen enthält das Gesetzbuch keine generelle Bestimmung darüber, welchen Einfluss des weiteren das von Anfang an vorhandene Unvermögen des Schuldners auf dessen Leistungspflicht ausübt. Es handelt sich also hier um eine Lücke im Gesetzbuch, die im Wege

der Analogie ausgefüllt werden muss. Dies kann aber nur dadurch geschehen, dass man auf die anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung die für die nachträgliche erlassenen Rechtssätze zur Anwendung bringt; d. h. der Schuldner ist, wenn er infolge von Anfang an vorhandenen Unvermögens die Leistung nicht zu bewirken vermag und die subjektive Unmöglichkeit von ihm nicht zu vertreten ist, von seiner Verbindlichkeit frei[7]. Hat er sie hingegen zu vertreten, so ist er, entsprechend der Vorschrift des § 280, zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet. Nach dem oben in § 5 unter 5 Gesagten kann es sich aber hier um eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit nur dann handeln, wenn entweder die anfängliche Unmöglichkeit bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehoben werden konnte und nur deshalb nicht gehoben wurde, weil es der Schuldner an der Beobachtung der nötigen Dilegenz fehlen ließ; oder, wenn der Schuldner das unbedingte Einstehen für die Möglichkeit der Leistung besonders übernommen hatte; oder endlich, wenn das Gesetzbuch selbst dem Schuldner die bedingungslose Haftung für die anfängliche subjektive Möglichkeit der Leistung ausdrücklich auferlegt hat, was das B. G. B., wie schon hervorgehoben wurde, bei einzelnen Schuldverhältnissen in Ansehung der von Anfang an vorhandenen Mängel im Rechte gethan hat[8].

[7] Also nicht als argumentum e contrario, sondern per analogiam ist der § 275 Abs. 2 zu verwerten!

[8] Dass es viel zu weitgehend ist, den Schuldner bei jeder von Anfang an vorhandenen subjektiven Unmöglichkeit der Leistung auf das Erfüllungsinteresse haften zu lassen, hat schon für das gemeine Recht Mommsen richtig erkannt. Er stellte darum den Satz auf: es sei bei der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit zu unterscheiden, ob sie ihren Grund in rechtlichen oder in faktischen Hindernissen habe. In ersterem Falle soll der Schuldner unbedingt zur Schadenshaftung anzuhalten sein; in letzterem hingegen soll es sich um eine „wahre“ d. h. den Schuldner befreiende Unmöglichkeit handeln. Vgl. Beiträge I S. 12—21, insbes. S. 18—21. Das ist aber eine unzulängliche Formel, die auch durch die textlichen Veränderungen, die Windscheid in seiner Besprechung des Mommsen'schen Buches (Heidelberger Krit. Zeitschrift II S. 108 fg.) und später Mommsen selbst (Beiträge III S. 407 fg.) an ihr vorgenommen haben, inhaltlich nur wenig verbessert worden ist. (Windscheid ist, wie oben aus Anm. 2 hervorgeht, schließlich ganz von ihr abgekommen.) Die Formel ist sowohl

Die Übertragung der für die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung geltenden Grundsätze auf das von Anfang an vorhandene Unvermögen des Schuldners zur Leistung im einzelnen vorzunehmen, dürfte überflüssig sein. Die ausführliche Darstellung der einschlagenden Rechtssätze im zweiten Kapitel und die im vorigen Paragraphen unter III gegebenen Andeutungen reichen zu diesem Zwecke hinlänglich aus[9]. Bewiesen ist aber

für das gemeine, wie für das heutige Recht aus dem Grunde unbrauchbar, weil erstens durchaus nicht jeder Schuldner für anfängliche Mängel im Rechte unbedingt haftet (z. B. ist dies nicht der Fall beim Gesellschafter [vgl. unten § 17 unter 3 c] und ferner nicht beim Schenker [siehe § 523 Abs. 1 und 2 des Gesetzbuchs]) und zum zweiten, weil sie zu einem non liquet da führt, wo das anfängliche Unvermögen sowohl auf rechtlichen, wie auf faktischen Hindernissen beruht, was u. a. dann zutrifft, wenn das Leistungsobjekt zur Zeit des Vertragsabschlusses dem Schuldner nicht gehört und dem dritten Eigentümer gestohlen ist. Das Richtige ist, wie oben im Texte ausgeführt wurde, dass für die anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung dasselbe, wie für die nachträgliche gilt d. h.: der Schuldner ist von der Leistungspflicht frei, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, und die Frage, ob er sie zu vertreten hat, beantwortet sich lediglich nach den allgemeinen oben in § 5 entwickelten Grundsätzen, unter Berücksichtigung der für die einzelnen Schuldverhältnisse erlassenen Sondervorschriften. Daraus ergiebt sich für die zuletzt gedachte Konstellation, wo die anfängliche Unmöglichkeit sowohl rechtlicher, wie thatsächlicher Art ist (in welchen Fällen Mommsen durchweg für die Befreiung des Schuldners eintritt), Folgendes von selbst: Handelt es sich um einen Fall, wo der Schuldner den anfänglichen Mangel im Rechte von Gesetzes wegen nicht zu vertreten hat (wie z. B. der Schenker), so ist er, vorausgesetzt, dass keinerlei culpa mit im Spiele ist, nach § 275 Abs. 2 von jeder Leistungpflicht frei. Handelt es sich hingegen um einen Fall, in welchem das Gesetzbuch den Schuldner für anfängliche Mängel im Rechte unbedingt haften lässt (wie z. B. den Verkäufer, den Vermieter), so ist zu unterscheiden: ist das faktische Hindernis nur eine Folge des mangelnden Rechtes (indem beispielsweise die Sache, wenn sie dem Schuldner gehört hätte, in seinem und nicht des Dritten Gewahrsam gewesen und darum nicht gestohlen worden wäre), so hat der Schuldner natürlich mit letzterem auch das erstere zu vertreten und darum Schadensersatz zu leisten. Würde hingegen das faktische Hindernis auch dann vorhanden sein, wenn dem Schuldner das fragliche Recht nicht gefehlt hätte (die Sache wäre auch dann im Besitz des Dritten gewesen und dort gestohlen worden; oder sie war auch so im Besitz des Schuldners und ist ihm abhanden gekommen), dann fehlt es an jedem Kausalzusammenhang zwischen dem an sich vom Schuldner zu vertretenden Rechtsmangel und dem Schaden, den der Gläubiger erlitten hat, und dann kann selbstverständlich von einer Ersatzpflicht des Schuldners keine Rede sein.

[9] Nur das Eine mag besonders hervorgehoben sein, dass bei analoger Anwendung der für die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung gelten-

durch vorstehende Ausführungen, was vorhin in § 11 nur behauptet werden konnte: dass in Ansehung der subjektiven Unmöglichkeit der Leistung ein prinzipieller Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit de lege lata nicht besteht.

den Grundsätze der Gläubiger auch bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung vom Schuldner die Herausgabe eines etwaigen stellvertretenden commodum nach § 281 des B. G. B. verlangen kann; vgl. oben § 11 S. 243. In der Litteratur des Gesetzbuchs wird die Anwendbarkeit des § 281 auf die Fälle der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit nur von Cosack eingeräumt (I S. 333 unter 2c, allerdings mit falsch gewählten, weil nicht der subjektiven Unmöglichkeit entnommenen Beispielen); hingegen von der herrschenden Meinung verneint. Vgl. Planck II S. 57 unter 5; Schollmeyer, Kommentar S. 112 unter b; Oertmann, Kommentar S. 41 unter 3.

4. Kapitel.

Sonderbestimmungen für einzelne Schuldverhältnisse.

1. Der Kauf.

§ 13.

I. Die Gefahrtragung. — II. Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte. — III. Die Haftung des Verkäufers für Mängel der Sache.

I.

Die allgemeinen Rechtssätze über die Unmöglichkeit der Leistung, wie sie in den vorigen Kapiteln dargestellt worden sind, haben im B. G. B. durch kaufrechtliche Sonderbestimmungen in dreifacher Hinsicht Ergänzungen bezw. Modifikationen erfahren: einmal durch die Regeln über die Gefahrtragung beim Kaufe (§§ 446, 447), sodann durch die Vorschriften über die Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte (§§ 433—445) und endlich durch die eigentümlich ausgestaltete Lehre von der Gewährleistung desselben wegen Mängel der Sache (§§ 459—493).

Was zunächst die Gefahrtragung angeht, so wird das in § 323 ausgesprochene und oben in § 9 unter I des näheren erläuterte Prinzip: dass der Schuldner, der außer stande ist, die ihm obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen, auch das Recht auf die Gegenleistung verliert, beim Kaufe vom Gesetzbuch dahin präzisiert, dass „mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer übergeht“ (§ 446

Abs. 1 Satz 1)[1]. Damit wird dem in § 323 aufgestellten Grundsatz insofern entsprochen, als der Verkäufer, der dem Käufer die verkaufte Sache übergeben hat, ihm in der Regel, wenigstens soweit es sich um Mobiliarkäufe handelt, Eigentum und Besitz an ihr verschafft hat, seinen kaufrechtlichen Verbindlichkeiten also vollständig nachgekommen ist (vgl. §§ 433 Abs. 1 Satz 1, 854 Abs. 1, 929 Satz 1)[2]. Von diesem Gesichtspunkt aus lässt sich auch eine Antwort auf die Frage gewinnen, was im Sinne des § 446 unter „Übergabe“ zu verstehen sei. Als selbstverständlich muss es erscheinen, dass diese sowohl die Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2, wie die brevi manu traditio des § 929 Satz 2 mit umfasst. Denn durch beide Akte erlangt ja der Käufer das, was er auf Grund des Kaufvertrags zu beanspruchen hat, in gleicher Weise, wie durch handgreif-

[1] Die Regel, samt ihrer später noch zu erwähnenden Ausnahmen, findet entsprechende Anwendung einmal beim Tausch (§ 515) und sodann, wenn ein Recht an einer Sache verkauft wird, das zum Besitze der Sache berechtigt (§ 451). Die letztere Bestimmung wird insofern extensiv zu interpretieren sein, als unter sie auch solche Fälle subsumiert werden müssen, wo jemand zwar nicht ein ihm zustehendes Recht, aber doch die Ausübung eines solchen kaufweise einem Anderen überlässt: z. B. wenn jemand einen ihm bestellten Nießbrauch auf einen Dritten quoad usum überträgt. Übereinstimmend Oertmann, Kommentar S. 164/5. — Bei Rechten, die nicht zum Besitz einer Sache legitimieren, hat an die Stelle der „Übergabe“ die „Übertragung des Rechtes“ zu treten.

[2] Darum schlägt der § 446 regelmäßig auch nur insoweit durch, als der Verkäufer mit der Übergabe die ihm aus dem Kaufgeschäft erwachsenen Verpflichtungen wirklich erfüllt hat. Hat beispielsweise der Verkäufer die Sache übergeben, aber mit der Übergabe dem Käufer Eigentum nicht verschafft, oder hat er die Sache in mangelhaftem Zustand übergeben, so ist die Gefahr trotz der Übergabe bei ihm verblieben: arg. § 440 Abs. 2 a. E. und § 467 in Vbd. mit § 350; siehe unten Abschnitt II und III. Von der Ausnahme beim Grundstückskauf wird später noch zu handeln sein. Jedenfalls ist es nicht richtig, wenn Cosack I S. 401 schlechthin sagt: „Die Übergabe überträgt die Gefahr der Kaufsache auch dann, wenn sie unvollkommen ist d. h. gegen die vertragsmäßigen Verpflichtungen des Verkäufers verstößt.“ Es ist dies nicht einmal durchweg zutreffend für diejenigen Fälle, wo der Käufer vom Verkäufer eine Teilleistung im Sinne des § 266 angenommen hat. Zwar wird hier grundsätzlich mit der Abnahme eines Teiles auch die Gefahr desselben auf den Käufer übergehen. Wird aber später die Leistung des restierenden Teiles dem Verkäufer durch sein Verschulden unmöglich, so ist unter Umständen, nämlich wenn die §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2, 327, 350 Platz greifen, der Käufer immer noch im stande, auch die Gefahr des bereits empfangenen Teiles auf den Verkäufer abzuwälzen.

liche Besitzübertragung. Aber auch die Übereignung der Kaufsache mittelst constitutum possessorium nach § 930 und die Eigentumsverschaffung durch Abtretung der rei vindicatio nach § 931 dürften, obwohl der Käufer hier entweder nur mittelbaren oder gar keinen Besitz an der gekauften Sache eingeräumt erhält, durch den Begriff der „Übergabe" im Sinne des § 446 gedeckt sein. Zwar braucht sich der Käufer eine solche Erfüllung des Kaufvertrags in der Regel nicht gefallen zu lassen; und thut er es nicht, sondern lehnt er den Eigentumserwerb in einer der beiden zuletzt genannten Formen schlechthin ab, dann kann von einem Übergang der Gefahr auf ihn natürlich nicht die Rede sein. Erklärt er sich aber freiwillig mit solcher Art des Eigentumserwerbs einverstanden, oder muss er sich nach dem konkreten Inhalt des Vertrags mit ihr zufrieden geben, so hat der Verkäufer, wenn er dem Käufer auf diese Weise Eigentum verschafft, thatsächlich alles gethan, was zu thun ihm unter den obwaltenden Umständen zugemutet werden kann, und es ist darum nur recht und billig, dass hier mit dem Augenblick der Erwerbung des Eigentums, falls die Parteien nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbaren, das periculum interitus et deteriorationis auf den Käufer übergeht[3]. Ja, man wird bisweilen letzteren mit der Gefahrtragung zu belasten haben, bevor er noch „Eigentümer" der gekauften Sache geworden ist. Man denke sich beispielsweise folgenden Fall. Es verkauft jemand von seinem für den Abbruch bestimmten und bereits völlig leer stehenden Hause die Thüren und die Fensterrahmen an den X und die „Übergabe" erfolgt in der Weise, dass der Verkäufer dem X sagt, er solle, wann es ihm beliebt, aber möglichst bald, damit der Abbruch des Hauses beginnen könne, die Fenster und Thüren aus den offen stehenden Wohnungen fortnehmen. X zögert noch einige Tage, bevor er von dieser Befugnis Gebrauch macht. Mittlerweile brennt das Haus ab. Bei strenger, oder besser gesagt, bei einer

[3] Zu gleichem Ergebnis gelangen: Cosack I S. 400 unter 6 und Oertmann, Kommentar S. 167/8. Die obige Auslegung des § 446 wird nicht geteilt von Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem B. G. B. (Jena 1899) S. 44; ferner offenbar nicht von Planck-Greiff II S. 237 unter 2 b α, indem hier der körperlichen Übergabe ausdrücklich nur die brevi manu traditio gleichgestellt ist.

sich an den äußeren Wortlaut klammernden Interpretation des § 446 würde hier die Gefahr des Unterganges der gekauften Sache noch beim Verkäufer verblieben sein. Denn X hatte ja vor dem Brande weder Besitz noch Eigentum an den fraglichen Thüren und Fenstern erworben: ersteres nicht, weil sie vor ihrer Lostrennung von den übrigen Teilen des Hauses einer selbständigen Innehabung gar nicht fähig waren, letzteres nicht, weil sie als wesentliche Bestandteile des Hauses Gegenstand eines besonderen Rechtes nicht sein konnten[4]. Die Folge wäre also, dass hier der Verkäufer durch die Saumseligkeit des X seiner Kaufpreisforderung verlustig ginge. Da dieses Resultat unannehmbar ist, so wird man hier gar nicht anders sagen können, als dass mit Ablauf des Zeitraums, den der Käufer brauchte, um sich Besitz und Eigentum an der gekauften Sache gemäß der ihm eingeräumten Befugnis zu verschaffen, die Sache „übergeben" war, so dass der Käufer fortan die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung zu tragen hatte. —

Ist bei einem bedingten Kaufe die Sache pendente condicione dem Käufer übergeben worden, so fragt es sich, ob auch da schon mit der Übergabe die Gefahr auf ihn übergegangen ist. Man wird hier zwischen aufschiebenden und auflösenden Bedingungen zu unterscheiden haben:

a) Handelt es sich um einen suspensiv bedingten Kauf, so ist zweifellos, dass bei Ausfall der Bedingung die Gefahr auf den Käufer nicht übergegangen sein kann. Denn da es hier zu einer Perfektion des Kaufes überhaupt nicht kommt, so kann der Käufer auch niemals zu einer Kaufpreiszahlung verpflichtet sein. Aber auch für den Fall, dass die Bedingung eintritt, nachdem die übergebene Sache untergegangen ist, wird man den Auslegungsrechtssatz aufstellen müssen, dass der Käufer mit der Abnahme der Ware im Zweifel nicht auch die Gefahr des Unterganges hat auf sich nehmen sollen. Es würde also Sache des das Gegenteil behauptenden Verkäufers sein, nachzuweisen, dass dem Willen der Parteien die abweichende Regelung der Gefahrtragung entspricht[5]. Hingegen dürfte

[4] Vgl. B. G. B. § 93 und Strohal, Der Sachbesitz (Jena 1897) S. 32 u. 33.
[5] Übereinstimmend Cosack I S. 401 unter 10 c; Emerich a. a. O. S. 44.

hier die Gefahr der Verschlechterung der Sache allerdings von deren Übergabe an beim Käufer zu belassen sein.

b) Ist dem Kauf eine Resolutivbedingung beigefügt, so versteht es sich ebenso von selbst, dass bei Ausfall der Bedingung die Gefahr vom Käufer getragen werden muss, wie es sicher ist, dass sie bei Eintritt der auflösenden Bedingung beim Verkäufer verblieben ist.

Ist im Falle des bedingten Kaufes nicht nur die gekaufte Sache dem Käufer noch während des Schwebens der Bedingung übergeben worden, sondern hat letzterer auch schon den Kaufpreis an den Verkäufer bezahlt, so kann er, wenn die Sache untergegangen ist und es sich herausstellt, dass er die Gefahr des Unterganges nicht zu tragen hat, die entrichtete Kaufpreissumme, soweit sie der Verkäufer zu Unrecht erhalten hat, von letzterem nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen. Weil sich aber diese Klage auf Rückgewähr des ohne Grund gezahlten Kaufpreises als condictio indebiti und nicht etwa als eine auf den bedingten Kaufabschluss sich gründende actio empti darstellt, so kann sich ihr gegenüber der Verkäufer nicht des Einwandes aus § 323 bedienen, dass der Käufer seinerseits außer stande sei, die empfangene Sache zurückzugeben. Es wäre ja auch in gewissem Sinne ein Verstoß gegen die juristische Logik, wenn man einem solchen Einwand, dessen Möglichkeit Planck-Greiff II S. 237 unter c a. E. in Erwägung ziehen, stattgeben wollte. Denn man würde zuerst Regeln über die Gefahrverteilung aufstellen, um sie hinterher, so gut es ginge, ihrer praktischen Wirksamkeit zu entkleiden[6]. —

[6] Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Resolutivbedingung, die einem Kaufgeschäft beigefügt wird, in einem, einer von den beiden Parteien eingeräumten, Rücktrittsrecht besteht, wenn also ein Kaufvertrag in seiner Rechtsbeständigkeit davon abhängig gemacht wird, dass nicht der eine der Kontrahenten von der ihm verliehenen Befugnis der Vertragsauflösung Gebrauch macht. Denn tritt hier die auflösende Bedingung ein d. h. wird der Rücktritt von dem dazu Berechtigten erklärt, so entsteht zufolge der §§ 346 ff. ein neues gegenseitiges Schuldverhältnis, gerichtet auf Rückgewähr des beiderseitig Empfangenen. Und auf dieses Schuldverhältnis findet allerdings die Vorschrift des § 323 in gewissem Umfang Anwendung. Vgl. § 9 der Darstellung S. 165 und dazu den in-

Das in § 446 ausgesprochene Prinzip erleidet mehrfache Ausnahmen, indem das Gesetzbuch die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Sache mitunter schon vor dem bisher angegebenen Zeitpunkt auf den Käufer übergehen lässt. Hierher gehören folgende Fälle:

1. „Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat" (§ 447 Abs. 1)[7].

Für den Gattungskauf bedeutet dieser Rechtssatz gleichzeitig eine Abweichung von der oben in § 1 unter II näher ausgeführten Regel, dass die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die vom Schuldner aus der Gattung ausgeschiedene Sache den Annahmeverzug des Gläubigers voraussetzt. Denn nach dem, was dort über das Verhältnis von Konzentration und Gefahrtragung gesagt worden ist (dass nämlich die eine sich nur als die Kehrseite der anderen darstellt), muss aus § 447 der Rechtssatz herausgelesen werden: „Beim Gattungs-Distanzkauf individualisiert sich die Obligation bereits mit der Ablieferung der gekauften Sache an die zum Transport bestimmte Anstalt." Notwendiges Erfordernis der Konkretisierung bleibt aber auch hier, dass der Schuldner „das zur Leistung seinerseits Erforderliche" bereits gethan, insbesondere also die geschuldete Sache gehörig ausgeschieden hat[8]. Es geht somit die Gefahr keinesfalls in dem in § 447

struktiven, von Goldmann-Lilienthal, Das B. G. B. (1. Teil 1. Aufl.) S. 163 Anm. 2 an letzter Stelle gebildeten (auch von Dernburg a. a. O. S. 242 Anm. 4 mitgeteilten), Rechtsfall.

[7] Hat aber der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich: § 447 Abs. 2. — Über den Begriff des Erfüllungsortes vgl. § 269. — Der Begriff der „Versendung" setzt voraus, wie aus § 447 zur Genüge erhellt, dass Erfüllungsort und Ablieferungsort verschiedenen Ortschaften angehören. Unrichtig in dieser Beziehung: Oertmann, Kommentar S. 171 unter 4.

[8] Denn § 447 enthält nur eine Abänderung des § 300 Abs. 2, nicht auch des § 243 Abs. 2. Vor der Ausscheidung könnte auch nicht von einer verkauften „Sache" gesprochen werden. Vgl. oben § 1 Anm. 31.

vorgesehenen Zeitpunkt auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die Ware in noch unausgeschiedenem Zustand an die mit der Versendung betraute Person oder Anstalt abliefert[9]. Darum würde beispielsweise ein Verkäufer, der Waren von gleicher Gattung an verschiedene, aber an ein und demselben Bestimmungsort ansässige, Käufer zu senden hat, und der die Lieferung in der Weise bewerkstelligt, dass er die gesamte Quantität an einen der Käufer oder an einen in derselben Stadt wohnhaften Agenten adressiert (mit der Weisung, aus ihr die für die einzelnen Destinatäre bestimmten Stücke auszuscheiden und sie ihnen zuzustellen), die Gefahr des Transportes trotz § 447 Abs. 1 zu tragen haben[10]. Nur dann, wenn sich die Käufer, vielleicht um Portokosten zu ersparen, eine derartige Sammelsendung ausbedungen hätten oder sie sich solche auf Grund bestehender Handelsgebräuche gefallen lassen müssten, könnte man mit Jhering[11] von einer societas periculi der Käufer sprechen, derzufolge sie die Gefahr der Zusendung sowohl dem Verkäufer gegenüber, wie unter einander proratarisch trügen[12].

[9] Im gemeinen und im preußischen Rechte war dies bestritten. Vgl. einerseits die Entscheidungen des R. O. H. G. in Bd. 22 S. 285 und Bd. 23 S. 145 und andrerseits Hanausek, die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware (Berlin 1883—87) I S. 101 und 109, sowie Dernburg, Preuß. Privatr. II 5. Aufl. S. 361 Anm. 7. Eine Übersicht über den gemeinrechtlichen status controversiae giebt Bruck, Verteilung des periculum bei partiellem Untergang einer Quantität, von der ein nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmter Teil verkauft, aber noch nicht ausgeschieden war (Berliner Dissert. 1895), insbes. S. 51—53.

[10] Vgl. auch den von Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 367 mitgeteilten, von ihm aber anders entschiedenen, Rechtsfall.

[11] A. a. O. S. 434.

[12] Die im Obigen vertretene Auffassung des § 447 (dass er beim Gattungskauf regelmäßig nur dann Platz greift, wenn der Verkäufer die Ware der zum Transport bestimmten Anstalt nach erfolgter Ausscheidung übergeben hat) führt streng genommen zu der Konsequenz, dass überall da, wo der Verkäufer dem Käufer mehr Ware aus der Gattung zuschickt, als dieser bestellt hatte, die Gefahr des Transportes mangels genügender Ausscheidung beim Verkäufer verblieben ist. Vgl. die bereits citierte Entscheidung des R. O. H. G. in Bd. 23 S. 145 und Hanausek a. a. O. Das ist unbillig hart für den Verkäufer, wenn es sich nur um minimale Differenzen handelt. Indessen kann ihm hier durch analoge Heranziehung des § 320 Abs. 2 geholfen werden. Wie nämlich der Käufer bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags die Gegenleistung dann nicht einbehalten darf,

2. Für den Grundstückskauf enthält der § 446 Abs. 2 die Bestimmung, dass, wenn der Käufer vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird, die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung bereits mit der Eintragung auf den Käufer übergeht. Beim Immobiliarverkehr hat also der Käufer die Gefahr zu tragen, sobald ihm der Verkäufer entweder Besitz oder Eigentum an der gekauften Sache verschafft hat[13].

3. Endlich hat beim Erbschaftskauf in Ansehung der Erbschaftsgegenstände der Käufer das periculum interitus et deteriorationis bereits vom Abschlusse des Kaufes an zu tragen (§ 2380). In diesem beschränkten Umfang gilt also heute noch der römische Satz: periculum est emptoris. —

Soweit nach dem Vorstehenden die Gefahr schon vor der Übergabe auf den Käufer übergeht, erheben sich auch auf dem Boden des B. G. B. zwei wichtige, im gemeinen Rechte verschieden beantwortete, Fragen:

a) Wie steht es mit der Kaufpreisforderung, wenn jemand ein und dieselbe Sache mehrfach verkauft und diese Sache zufällig untergeht, nachdem die Gefahr bereits auf sämtliche oder doch auf mehrere der Käufer übergegangen war? Es kann hier meines Erachtens keinem Zweifel unterliegen, dass der Verkäufer die Zahlung des Kaufpreises von allen mit der Gefahrtragung belasteten Käufern verlangen kann[14].

wenn er damit im Hinblick auf die Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr verstößt, so darf er, wenn er die Gefahr des Transportes zu tragen hat, die Zahlung des Kaufpreises nicht aus dem Grunde verweigern, weil die ihm zugeschickte und unterwegs untergegangene Gattungssache infolge eines geringen plus in der Quantität nicht ausreichend spezialisiert gewesen ist.

[13] Beachte auch § 56 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

[14] Dass dies in der Mehrzahl der Fälle ungerecht ist, liegt auf der Hand. Besonders deutlich zeigt sich das beim Grundstückskauf. Lässt der Verkäufer dem einen Käufer das Grundstück auf, ohne es ihm zu übergeben, und übergiebt er es dem anderen, ohne es ihm aufzulassen, so kann er, wenn jetzt das Grundstück durch Zufall untergeht, den Kaufpreis gemäß § 446 Abs. 2 von beiden Käufern fordern, obwohl er, wenn die Sache erhalten geblieben wäre, einen der beiden Kaufverträge ganz sicher nicht hätte erfüllen können. De lege lata giebt es keine Möglichkeit, über das unbillige Ergebnis hinauszukommen. Abweichender Ansicht:

b) Kann der Verkäufer, der den Kaufgegenstand versichert hatte, wenn dieser noch vor der Übergabe, aber nach Übergang der Gefahr auf den Käufer durch Zufall zu Grunde geht, sowohl vom Käufer den Kaufpreis, als auch vom Versicherer die Versicherungssumme einklagen? Im gemeinen Rechte verneinte man die Frage, stritt aber darüber, ob der Käufer der actio venditi des Verkäufers die exceptio doli entgegenstellen könne, dass der Kläger bereits durch die Versicherungsforderung genügend gedeckt sei; oder ob der Versicherer der Klage des Verkäufers mit dem Einwand begegnen könne, dass dem Versicherten infolge der ihm zustehenden Kaufpreisforderung das notwendige Versicherungsinteresse fehle[15]. Nach B. G. B. kann die Antwort nur so lauten, dass der Käufer das Recht hat, die Abtretung des dem Verkäufer erwachsenen Versicherungsanspruchs zu verlangen. Denn nach § 281 ist der Gläubiger befugt, vom Schuldner die Herausgabe des stellvertretenden commodum zu fordern, das dieser für die unmöglich gewordene Leistung erlangt hat[16]. Auf dieses Recht des Gläubigers hat es keinen Einfluss, ob er im einzelnen Falle die Gefahr zu tragen hat oder nicht. Die Abwälzung der Gefahr auf den Gläubiger besagt ja nur, dass er zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, auch wenn der Schuldner infolge unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung von seiner Verbindlichkeit frei wird. Ob und inwieweit der Schuld-

Planck-Greiff II S. 237 und Endemann I § 157 Anm. 23, die nur einen der beiden Käufer auf Zahlung der Kaufsumme haften lassen wollen, und Cosack I S. 421 unter VI, nach dessen Meinung keiner von ihnen zur Entrichtung des Kaufpreises verpflichtet ist. Zu gleichem Ergebnis, wie Cosack, aber auf Grund zweifellos unrichtiger Argumentation (insbes. fehlerhafter Beweislastverteilung) gelangt Emerich a. a. O. S. 45 und 46. Unbestimmt: Oertmann, Kommentar S. 170 unter 5c. So wie hier: Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 8 fg. und Hellmann, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 41 S. 219, ersterer der lex lata gegenüber mit dem Ausdruck des Bedauerns, letzterer sie im wesentlichen verteidigend. Vgl. auch Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 41 S. 881 ff. und den mit Vorsicht zu benutzenden Aufsatz von Martinius, Zur Lehre v. d. Gefahr beim Kaufe nach dem B. G. B. im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 17 S. 66 ff.

[15] Die einschlägige Litteratur des gemeinen Rechtes findet sich verzeichnet bei Julius Gierke, Die Versicherungsforderung bei Veräußerung der versicherten Sache (Berlin 1898) S. 123 Anm. 33.

[16] Siehe oben § 6 unter III.

ner frei wird, das richtet sich nicht nach den Regeln von der Gefahrtragung, sondern nach den Vorschriften der §§ 275 ff. Hiernach bleibt aber der Schuldner dem Gläubiger auch bei zufälliger Unmöglichkeit der Leistung insoweit verhaftet, als er im Besitz eines abtretungsfähigen Ersatzanspruchs ist. Darum kann der Käufer, auch wenn er die Gefahr des Untergangs der Sache zu tragen hat, solange ihm dieser Ersatzanspruch nicht abgetreten ist, der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenstellen. Unrichtig ist es also, wenn Giese, „Der Anspruch des Verkäufers aus dem Versicherungs- und Kaufvertrag nach dem Übergang der Gefahr auf den Käufer" (Berliner Dissert. 1898) S. 58 fg. und S. 77, den vermeintlichen gemeinrechtlichen Satz: „der Versicherer könne sich zwar dem Verkäufer gegenüber auf dessen Kaufpreisforderung und damit auf den Wegfall eines Versicherungsinteresses berufen; nicht aber könne der Käufer aus demselben Grunde die Cession des Versicherungsanspruches fordern" auch für das B. G. B. als zu Recht bestehend ausgiebt. Der von Giese behauptete Satz lässt sich schon für das gemeine Recht nicht verteidigen; vom Boden des B. G. B. aus ist er zweifellos falsch.

II.

Außer zur Übergabe d. h. zur Besitzübertragung ist der Verkäufer dem Käufer gegenüber noch zur Verschaffung des Eigentums bezw., wenn nicht eine Sache, sondern ein Recht den Gegenstand des Kaufgeschäftes bildet, zur Verschaffung des Rechtes verpflichtet; und zwar hat er beides zu gewähren „frei von Rechten, die von dritten Personen gegen den Käufer geltend gemacht werden können" (§§ 433, 434). Vermag der Verkäufer die ihm hier obliegenden Pflichten nicht zu erfüllen, so liegt, wie wir im ersten Kapitel gesehen haben[17], in der Regel totale, selten teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor. Auf diese Fälle von unmöglichen Leistungen finden in der Hauptsache die in den vorigen Kapiteln dargestellten allge-

[17] Vgl. oben § 2 S. 44 ff.

meinen Grundsätze Anwendung (vgl. § 440 Abs. 1). Doch sind dabei folgende kaufrechtliche Besonderheiten zu vermerken:

1. Während sonst der Schuldner nur für die von ihm verschuldete Unmöglichkeit der Leistung einzustehen hat, muss der Verkäufer regelmäßig jede sich auf einen Mangel im Rechte gründende Unmöglichkeit der Leistung vertreten. Dieser mittelst argumentum e contrario in § 439 Abs. 1 enthaltene Rechtssatz bedarf indessen einiger Einschränkungen:

a) An und für sich ist es zwar gleichgültig, ob der Rechtsmangel, der es dem Verkäufer unmöglich macht, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen, schon beim Abschluss des Kaufes vorhanden gewesen, oder ob er erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten ist: der Verkäufer ist für ihn sowohl in dem einen, wie in dem anderen Falle verantwortlich. Diese unbedingte Haftung des Verkäufers auch für unverschuldeten nachträglichen Rechtsverlust kann aber dann nicht Platz greifen, wenn es infolge des letzteren zu einer Tradition der Sache an den Käufer überhaupt nicht kommt: sei es, dass der Verkäufer zu ehrlich ist, um die Sache mit den ihr anhaftenden Rechtsmängeln dem Gläubiger zu übergeben, sei es, dass er mit dem Rechtsverlust auch äußerlich die Herrschaft über die Sache eingebüßt hat, so dass ihm auch jede scheinbare Verfügung über sie genommen ist. Wollte man auch hier den Verkäufer für den Mangel im Rechte ohne Rücksicht auf ein Verschulden haften lassen, so würde er zum Exempel auch im Falle der Enteignung und ähnlicher rechtlicher Schicksale, die er in Ansehung des verkauften Gegenstandes erfährt, dem Käufer schadensersatzpflichtig sein. Hier aber handelt es sich gerade um typische Fälle, um die gewöhnlichsten Schulbeispiele einer den Schuldner befreienden Unmöglichkeit der Leistung. Das unbedingte Einstehen des Verkäufers für fehlendes Recht ist auch gesetzgeberisch nur insoweit gerechtfertigt, als es sich darum handelt, den Käufer davor zu schützen: einmal, dass der Verkäufer nicht Verträge abschließt, die er von vornherein mangels der erforderlichen rechtlichen Beziehungen zur Kaufsache nicht erfüllen kann; sodann dass der Verkäufer dem Käufer nicht bei Mobilien den Besitz der Sache, bei Immobilien die Eintragung ins Grundbuch verschafft, ohne

ihm gleichzeitig auch die rechtliche Herrschaft über die Sache einzuräumen. Hingegen liegt gar kein Bedürfnis vor, dem Verkäufer eine Garantie auch dafür aufzuerlegen, dass der Kaufvertrag nicht in anderer Weise aus rechtlichen, nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden, Gründen unerfüllt bleibt. Ebenso wie der Käufer bei Abschluss des Kaufkontraktes damit rechnen muss, dass er nachträglich seinen Leistungsanspruch durch zufälligen Untergang der gekauften Sache einbüßt, ebenso muss er vernünftigerweise auch darauf gefasst sein, dass er eventuell seiner Ansprüche aus dem Kaufe durch zufällige rechtliche Veränderungen, welche den Kaufgegenstand treffen, verlustig geht. Aus den hier dargelegten Gründen wird man den oben gedachten, in § 439 Abs. 1 enthaltenen, Rechtssatz am besten so zu fassen haben: der Verkäufer hat unbedingt dafür einzustehen, dass der Kaufvertrag sich nicht infolge von Anfang an vorhandener Mängel im Rechte als unerfüllbar erweist, und dass er, der Verkäufer, nicht dem Käufer die gekaufte Sache tradiert bezw. auflässt, ohne ihm zugleich das begehrte Recht an ihr zu verschaffen[18].

Die unbedingte Haftung des Verkäufers für die rechtlichen Schicksale der Sache reicht auch innerhalb der hier gezogenen engen Grenzen selbstverständlich nur soweit, als jener die Ge-

[18] Die hierher gehörigen Ausführungen der Protokolle I. S. 656, 665—67 enthalten keine befriedigende Lösung der im Texte behandelten Frage. Übrigens werden die Fälle, wo der Verkäufer dem Käufer die Sache tradiert resp. auflässt, und letzterer trotzdem nicht Eigentümer derselben wird, zufolge des vom B. G. B. angenommenen Vertrauensprinzipes (§§ 892, 934 ff.) relativ selten sein. Noch weniger häufig wird es vorkommen, dass der Verkäufer anfänglich Eigentümer der Sache ist, dass er dieses Eigentum später ohne seine Schuld verliert und dennoch im stande bleibt, dem Käufer den Besitz an dem gekauften Gegenstand zu verschaffen. Undenkbar aber sind auch solche Fälle nicht. Sie sind z. B. möglich bei der strafrechtlichen Einziehung, wenn diese gerade zwischen Kaufabschluss und Fälligkeit der Kaufschuld ausgesprochen wird. Denn die Einziehung setzt nicht immer ein Verschulden des Eigentümers der einzuziehenden Sache voraus (vgl. u. a. Str.G.B. § 295) und bewirkt unter Umständen, wenigstens wenn man ihre civilrechtlichen Folgen an den Eintritt der Rechtskraft des Strafurteils knüpft (vgl. darüber Mandry-Geib, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 4. Aufl. S. 367 u. die dort citierte Litteratur), für den Verkäufer einen Eigentumsverlust, während er sich noch im Besitz der Sache befindet.

fahr des Zufalls zu tragen hat. Erleidet der Käufer nach dem Zeitpunkt, mit welchem die Gefahr auf ihn übergegangen ist, einen Rechtsverlust bezw. eine Minderung seines Rechtes, so kann er sich wegen solcher Nachteile nimmermehr an den Verkäufer halten, es müsste denn sein, dass sich ihr Eintritt als die Folge eines dem Kaufgegenstand schon von früher her anhaftenden Fehlers im Rechte darstellt, was z. B. dann der Fall ist, wenn das Eigentum, das der Käufer mit der Übergabe erwirbt, nur ein resolutiv bedingtes ist, welches er später bei Erfüllung der Bedingung verliert[19].

b) Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte fällt weg, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschluss des Kaufes kennt (§ 439 Abs. 1)[20]. Nur wenn es sich um die Beseitigung einer Hypothek, einer Grundschuld, einer Rentenschuld, eines Pfandrechts, oder einer Vormerkung handelt, die zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte im Grundbuch eingetragen ist, steht die Kenntnis des Käufers von der Existenz dieser Beschränkungen der Haftung des Verkäufers nicht im Wege (§ 439 Abs. 2).

c) Bisweilen ist die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Fehler im Rechte kraft besonderer Gesetzesvorschrift ein-

[19] Anders, wie hier: Cosack I S. 417 unter 4, welcher meint, die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer lastenfreies Eigentum zu verschaffen, werde nicht dadurch hinfällig, dass der Mangel im Rechte erst nach Übergabe der Kaufsache, also nach Übergang der Gefahr auf den Käufer, eintrete; es sei vielmehr, wenn beispielsweise in der Zeit zwischen Übergabe und Auflassung (etwa zu Gunsten eines benachbarten Bergwerksbesitzers) ein dingliches Recht an dem verkauften Grundstück begründet würde, der Käufer nach § 325 zum Rücktritt vom Vertrag befugt. Allein, eine solche Ausdehnung der Rechtsverschaffungspflicht, wie sie hier von Cosack befürwortet wird, wäre einmal äußerst unbillig für den Verkäufer (denn sie würde ihn mit einer zeitlich schier unbegrenzten Garantiehaftung belasten) und stände zweitens in direktem Widerspruch mit den vom Gesetzbuch über die Gefahrtragung getroffenen Bestimmungen.

[20] Wird ein Kaufvertrag wissentlich von beiden Parteien über eine fremde Sache abgeschlossen, so kann ein solcher Vertrag unter Umständen auf Grund der §§ 117, 118 des B. G. B. nichtig sein. In der Regel wird er sich dahin auslegen lassen, dass der Verkäufer zur Leistung verpflichtet sein soll, „falls der Mangel im Rechte gehoben wird", oder dass der Verkäufer: 1) den Wegfall des Rechtsmangels anstreben und 2) wenn ihm dies gelingt, die Leistung bewirken soll. Mitunter wird in dem Versprechen des Verkäufers gleichzeitig eine Garantie für das Gelingen des Rechtserwerbs zu finden sein.

geschränkt resp. aufgehoben: vgl. bezüglich des Erbschaftsverkäufers § 2376 des B. G. B., bezüglich des auf Grund einer Pfändung veräußerten Gegenstandes § 806 der C. P. O. und zu der Veräußerung eines Grundstücks im Wege der Subhastation: § 56 Satz 3 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

2. Wir haben oben in § 4 gesehen, dass, wenn den Gegenstand des Kaufes nicht eine Sache, sondern ein Recht bildet, die Nichtexistenz des Rechtes bisweilen eine subjektive, bisweilen eine objektive Unmöglichkeit der Leistung begründet. Demnach müsste, wenn hier die im 3. Kapitel dargestellten allgemeinen Grundsätze Platz griffen, der über ein nichtexistierendes Recht abgeschlossene Kaufvertrag je nachdem bald gültig oder bald nichtig sein. Statt dessen bestimmt das B. G. B. in § 437 Abs. 1: „Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes.“ Daraus folgt einmal, dass der auf die Übertragung eines nicht existierenden Rechtes gerichtete Kaufvertrag unter allen Umständen, mag es sich nun um anfängliche objektive oder um anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung handeln, gültig ist; und zum zweiten, dass der Verkäufer einen Mangel in dem verkauften Rechte unbedingt zu vertreten hat[21]. Im einzelnen sei bezüglich der Tragweite des § 437 Folgendes bemerkt:

a) Gleichgültig ist es für die Anwendung des § 437, aus welchem Grunde die verkaufte Forderung bezw. das verkaufte Recht nicht existiert. Das führt unter anderem zu dem

[21] Vgl. das soeben unter 1) Gesagte. Die dort gezogene Haftungsgrenze gilt auch hier. Das Einstehen des Verkäufers für die Existenz des verkauften Rechtes erstreckt sich also trotz der allgemeinen Fassung des § 437 nicht auf solche Fälle, wo jener das ihm anfangs zustehende Recht nachträglich ohne sein Verschulden verliert, wenn infolge des Rechtsverlustes jede Abtretungshandlung unterbleibt, es also auch nicht einmal zu einer scheinbaren Rechtsübertragung kommt (alsdann greifen die §§ 275, 323 Platz; zu weitgehend Planck-Greiff II § 437 unter 1 Abs. 2); ferner nicht auf die Fälle, in welchen der Eintritt des Rechtsverlustes zu einer Zeit erfolgt, wo die Gefahr des zufälligen Unterganges bezw. der zufälligen Verschlechterung bereits auf den Käufer übergegangen war, es müssten denn jene Ereignisse ihre Ursache in Gründen der unter 1 a a. E. gedachten Art haben.

wundersamen Resultat, dass ein Kaufvertrag, der über eine nicht existierende Sache abgeschlossen wird, nach § 306 nichtig ist; dass hingegen das Kaufgeschäft, durch welches die aus dem nichtigen Vertrag nicht entstandene, auf etwas objektiv Unmögliches gerichtete, Forderung veräußert wird, gültig ist[22].

b) Handelt es sich um den Kauf einer Forderung, so ist deren „rechtlicher Bestand" im Sinne des § 437 nicht schon dadurch gewahrt, dass die fragliche Forderung überhaupt „existiert", sondern erst dann, wenn sie so existiert, dass sie den Angaben entspricht, die der Verkäufer dem Käufer gegenüber von ihr gemacht hat. Insbesondere also dürfen ihr keine dem Käufer unbekannte Einreden, weder peremptorische, noch dilatorische, entgegenstehen; sie darf nicht zu einer späteren Zeit, als im Inhalt des Kaufvertrags vermerkt ist, fällig werden; sie darf nicht statt einer alternativen eine einfache Obligation sein; sie darf ferner nicht aus cessionsrechtlichen Gründen (vgl. §§ 399, 400) unübertragbar sein. Haften der Forderung solche Mängel an, so liegt für den Verkäufer je nachdem eine totale oder eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor, für die er, wie gesagt, unbedingt einzustehen hat[23]. Hingegen hat die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nichts mit dem „rechtlichen Bestand" der Forderung zu thun. Der Verkäufer ist also kraft der ihm in § 437 Abs. 1 auferlegten Haftung nicht auch für die Solvenz des Drittschuldners verantwortlich. Vielmehr kann er nach B. G. B. wegen Uneinbringlichkeit der verkauften Forderung nur dann in Anspruch genommen werden, wenn er durch den Verkauf des nomen malum die im Verkehr

[22] Mommsen, Beiträge I S. 135 wollte in solchem Falle eine Ausnahme von der, auch schon im gemeinen Rechte anerkannten, Gültigkeit des über eine nicht existierende Forderung abgeschlossenen Kaufvertrags statuiert wissen. Nach B. G. B. ist das gegenüber dem klaren Wortlaut des § 437 nicht angängig.

[23] Der „rechtliche Bestand" der Forderung ist auch dann nicht gewahrt, wenn der Verkäufer an Stelle des geschuldeten Leistungsanspruchs dem Käufer nur einen Schädenanspruch gegen den Drittschuldner zu übertragen vermag, sei es, weil dieser die seinerseits geschuldete Leistung durch einen von ihm zu vertretenden Umstand unmöglich gemacht hat, sei es, weil der Verkäufer dem säumigen Drittschuldner nach § 326 eine Frist gesetzt hat, deren Ablauf ihm den Anspruch auf Naturalerfüllung genommen hat.

erforderliche Sorgfalt verletzt oder für die Realisierbarkeit der Forderung ausdrücklich garantiert hat[24]. Hat er letzteres gethan, so greift die Auslegungsregel des § 438 Platz, dass die Garantieübernahme im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung zu beziehen ist.

c) Da der § 437 nicht nur den Forderungskauf, sondern jede Art von Rechtskauf regelt, so schließt er auch in sich den Verkauf von Wertpapieren aller Art. Somit ist nach B. G. B. unter anderem gültig der Verkauf von nichtigen Aktien, nichtigen Kuxen, nichtigen Wechseln u. s. w.[25]. Der Verkäufer haftet auch hier schlechthin auf das Erfüllungsinteresse. Ja kraft der positiven Bestimmung in Abs. 2 des § 437 ist der Verkäufer eines Wertpapiers nicht nur für die Verität des in ihm verbrieften Rechtes, sondern auch noch dafür verantwortlich, dass das Papier nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist. Da aber die Wertpapiere nicht nur Träger von Rechten, sondern auch selbständige körperliche Sachen sind, so kommen bei ihnen in Ansehung der Leistungspflicht des Verkäufers nicht nur Rechts-, sondern auch Sachmängel in Frage. Handelt es sich um letztere, so ist der Verkäufer dem Käufer nicht aus § 437, sondern nach den anders gearteten Grundsätzen der §§ 459 ff. verhaftet. Ein Sachmangel würde beispielsweise vorliegen, wenn ein Bankier

[24] Keinesfalls lässt sich eine weitergehende gesetzliche Haftung des Verkäufers für die „Bonität" der verkauften Forderung aus ädilizischen Gesichtspunkten d. h. aus der Gewährleistungspflicht des Verkäufers für fehlende Eigenschaften des Kaufgegenstandes ableiten. Denn diese Haftung des Verkäufers bezieht sich, wie aus den später noch zu besprechenden §§ 459 ff. hervorgeht, nur auf den Kauf von „Sachen", also von „körperlichen" Gegenständen. Im gemeinen Rechte war dieser Punkt nicht unbestritten: vgl. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers II S. 392 Anm. 43; Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit S. 61 fg.; das R. O. H. G. in Seufferts Archiv Bd. 31 Nr. 159 und das Reichsgericht in Gruchots Beiträgen Bd. 39 S. 897.

[25] Anders im gemeinen und preußischen Rechte. Hier wurde vielfach in solchen Fällen der Kaufvertrag wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Leistung für nichtig angesehen. Vgl. Striethorsts Archiv Bd. 98 S. 243; Wenglers Archiv f. civilrechtl. Entscheidungen N. F. Bd. 2 S. 252; Entscheid. des R. O. H. G. Bd. 7 S. 193 fg.; 16 S. 147 fg.; 18 S. 261 fg.; 21 S. 269 fg.; 23 S. 317 fg.; Reichsgericht i. d. Jurist. Wochenschrift Bd. 15 S. 282 Nr. 51.

zwar völlig echte, das verbriefte Recht wirklich in sich tragende, aber äußerlich beschädigte und darum in ihrer Begebbarkeit beeinträchtigte Wertpapiere lieferte[26]. Bisweilen kann es fraglich sein, ob der Verkäufer von Effekten in Ansehung einer von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung nach den Grundsätzen der Rechtsmängel- oder nach denen der Sachmängelhaftung in Anspruch zu nehmen ist. Wie steht es z. B., wenn jemand ein Wertpapier verkauft und die dazu gehörigen Zinsscheine nicht liefern kann? M. E. würde es sich hier um unvollständige Rechtsverschaffung handeln, und der Verkäufer hätte deshalb wegen teilweise mangelnden Bestandes des verkauften Rechtes nach den §§ 437, 440 Abs. 1 zu haften[27]. Das Gleiche gilt, wenn ein (ausländisches) Inhaberpapier vertragswidrig einen Außerkurssetzungsvermerk trägt. Denn auch hier ist der rechtliche Bestand der Forderung nicht so, wie ihn der Inhalt des Kaufvertrags vorschreibt, gewahrt. Trägt aber ein solches Inhaberpapier neben dem Außerkurssetzungs- einen Wiederinkurssetzungsvermerk, der seine Eigenschaft als Inhaberpapier vollständig herstellt, so müssen, falls Papiere durch solche Bemerkungen nach Handelsusance oder Börsenbestimmungen in ihrer Lieferbarkeit leiden, weil hier kein das verschriebene Recht selbst tangierender Fehler, sondern nur ein äußerer Mangel des Papiers vorliegt, die Grundsätze von der Sachmängelhaftung zur Anwendung kommen[28].

3. Wie schon mehrfach betont, ist dem Verkäufer, der dem Käufer nur den Besitz, nicht auch das Eigentum bezw. das sonst in Frage stehende Recht an der Kaufsache zu verschaffen vermag, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit total unmöglich. Infolgedessen müsste grundsätzlich der Käufer,

[26] Die Skriptur ist lädiert oder die Urkunde mit Ekel erregenden oder die Haltbarkeit des Papiers gefährdenden Flecken oder mit fehlerhaften Stempeln behaftet u. s. w. Weitere Einzelheiten siehe bei Hanausek a. a. O. II S. 368 Anm. 5—9.

[27] Anderer Meinung für das gemeine Recht: Hanausek a. a. O. II S. 371 unter 4. Vgl. aber auch Brunner in seinem Aufsatz über Wertpapiere in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II S. 210 Anm. 15.

[28] Vgl. das Urteil des Reichsgerichts vom 26. November 1890, abgedruckt im Sächs. Archiv Bd. 1 S. 504 und im Deutschen Reichsanzeiger, Bes. Beilage 1891 S. 103.

der weiter nichts als den Besitz der Sache erlangt hat, berechtigt sein, vom Verkäufer Schadensersatz wegen gänzlicher Unmöglichkeit der Leistung zu verlangen, einerlei ob ihm der Besitz von dritter Seite streitig gemacht oder er ruhig in demselben belassen wird. Dabei hätte er natürlich den Besitz an den Verkäufer nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugewähren[29]. Diese sich aus den allgemeinen Lehren ergebenden Sätze gelten aber nach B. G. B. nur für Immobilien[30]. Bei beweglichen Sachen ist zufolge der §§ 440 Abs. 2—4, 441 der Schädenanspruch des Käufers einer Beschränkung unterworfen. Will nämlich der Käufer, wenn ihm eine Mobilie zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden ist[31], wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, so ist von zweien eins erforderlich: entweder muss er die Sache dem Verkäufer zurückgewähren bezw. den ihm gegen einen Anderen zustehenden Anspruch auf Herausgabe derselben dem Verkäufer abtreten, oder es muss der Fall der Entwehrung bezw. ein ihr vom Gesetzbuch gleichgestelltes Ereignis wirklich eingetreten sein[32]. Als solche Entwehrungs-

[29] Die Bestimmung des § 280 Abs. 2 kann hier, eben weil es sich nicht um teilweise, sondern um totale Unmöglichkeit der Leistung handelt, nicht in Frage kommen.

[30] Im gemeinen Rechte galten sie nach dem dort herrschenden Eviktionssystem überhaupt nicht.

[31] Der faktischen Übergabe müssen auch hier die Übereignungsformen der §§ 929—931 gleichgestellt werden. Anderer Ansicht: Planck-Greiff II S. 233 unter 5.

[32] Der Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien besteht also darin, dass dort der Käufer den Schadensersatzanspruch wegen der Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung auch dann hat, wenn er den Besitz der Sache, weil er um ihn nicht mehr bereichert ist, nicht zurückzugewähren vermag, während ihm hier ein Schädenanspruch, wenn er den Besitz nicht zurückgewährt, nur in einzelnen, besonders bestimmten Fällen zusteht. Für die Rückgewähr der Sache dürfte es genügen, dass der Käufer dem Verkäufer die Sache „zur Disposition stellt“. Denn man kann ersterem kaum zumuten, sie letzterem zu bringen. Gerät der Verkäufer mit der Zurücknahme der Sache in Annahmeverzug, so kann sie der Schuldner nach den §§ 372 ff. hinterlegen. Fraglich aber ist es, ob der Käufer mit der Sache (die, wie er weiß, im Eigentum eines Dritten steht) zum Selbsthilfeverkauf schreiten darf (§§ 383 ff.), falls sie sich zur

resp. Quasientwehrungsfälle kommen nach dem B. G. B. in Betracht:

a) Die Herausgabe der Sache an den Dritten seitens des Käufers, wenn sie mit Rücksicht auf das Recht des ersteren erfolgt[33]. Der Restitution der Sache durch den Käufer dürfte es, obwohl dies im Gesetzbuch nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, gleichzuachten sein: α) wenn der Käufer dem Dritten einen ihm gegen einen Anderen zustehenden Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt[34]; β) wenn die Sache an den Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht nicht vom Käufer selbst, sondern von einem Nachmann des Käufers herausgegeben wird[35].

b) Der anderweitige Erwerb des Rechtes des Dritten durch den Käufer, einerlei, ob er sich ex onerosa oder ex lucrativa causa vollzogen hat. Der Käufer hat z. B. den Dritten abgefunden oder er hat ihn beerbt.

c) Die Beerbung des Käufers durch den Dritten[36].

d) Der Untergang der Sache, wobei es gleichgültig ist, ob er sich als ein zufälliger oder als ein vom Käufer verschuldeter darstellt. Nur bleibt in letzterem Falle der Käufer dem Verkäufer unter Umständen auf Grund des § 819 verhaftet[37].

Bemerkt sei noch, dass nur der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz, nicht auch die übrigen ihm auf Grund der

Hinterlegung nicht eignet. Die Frage lässt sich nur im Zusammenhang der Lehre von der Hinterlegung beantworten.

[33] Nicht erforderlich ist also, dass der Dritte dem Käufer die Sache auf Grund eines vorangegangenen Rechtsstreites abgenommen hat.

[34] Zwar wird der Dritte in der Regel die Abtretung eines solchen Anspruchs nicht brauchen, da er ja gegen den Anderen, der für den Käufer besitzt, selbständig kraft seines dinglichen Rechtes vorgehen kann. Hat er sich aber einmal, vielleicht um doppelt gesichert zu sein, vom Käufer den Rückleistungsanspruch gegen dessen unmittelbaren Besitzer abtreten lassen, so hat der Käufer damit jede Verfügungsmacht über die Sache verloren, ganz ebenso, wie wenn er sie selbst dem Dritten zurückgegeben hätte.

[35] Übereinstimmend Cosack I S. 418.

[36] Die Fälle unter b und c waren auch schon im gemeinen Rechte der Eviktion gleichgestellt. Vgl. darüber Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums (Festgabe für Witte, Halle 1874) S. 31 fg.

[37] Mit § 254, den Planck-Greiff II S. 233 unter 5 c heranziehen, lässt sich hier nichts ausrichten.

§§ 320 ff. wegen der Unmöglichkeit der Leistung zustehenden Rechte den vorgedachten Beschränkungen unterworfen sind.

4. Kann der Verkäufer die ihm obliegende Verpflichtung zur Rechtsverschaffung nicht erfüllen, so müsste nach allgemeinen Grundsätzen, jenachdem der Mangel von seiten des Käufers in der Form der exceptio non adimpleti contractus oder in Gestalt der Einrede des nicht erfüllbaren Vertrages geltend gemacht würde, bald der Verkäufer die Erfüllung, bald der Käufer die Unmöglichkeit der Erfüllung beweisen[38]. Diese Sätze erleiden für den Kauf eine Abänderung dadurch, dass gemäß § 442, wenn der Verkäufer den vom Käufer geltend gemachten Mangel im Rechte bestreitet, der Käufer unter allen Umständen den Nachweis des Mangels zu führen hat.

5. Die hier unter II dargestellten Rechtssätze enthalten nur dispositives Recht. Die strenge Haftung des Verkäufers, die sie anordnen, kann also von den Parteien im einzelnen Falle gemildert werden. Dies jedoch mit der Maßgabe, dass eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 433—437, 439—442 wegen eines Mangels im Rechte dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird, nichtig ist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt (§ 443).

Im übrigen gehören die im Vorstehenden erörterten Bestimmungen nicht bloß dem Kaufe an, sondern sie kommen auch bei anderen Verträgen, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, so auch beim Tausche, zur entsprechenden Anwendung (§§ 445, 515)[39].

III.

Aus § 459 ergiebt sich, dass die Erfüllung des Kaufkontraktes nur dann eine vollwertige ist, wenn die Kaufsache 1) zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (wobei eine un-

[38] Vgl. oben § 9 der Darstellung unter I 4 (S. 171/2).

[39] Beachte auch die §§ 365 und 2182.

erhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht kommt); und wenn sie 2) in eben diesem Zeitpunkt die zugesicherten Eigenschaften besitzt. Welche Fehler die Sache hiernach nicht haben darf, bestimmt sich nach dem Inhalt des einzelnen Schuldverhältnisses bezw., wenn dieser darüber keine Auskunft giebt, nach den Anschauungen des Verkehrs[40]. Was die „zugesicherten Eigenschaften“ angeht, so sind darunter zunächst solche Eigenschaften zu verstehen, deren Abwesenheit zwar die allgemeine Brauchbarkeit der Sache nicht mindert, deren Vorhandensein ihr aber ein besonderes, den durchschnittlichen Wert übersteigendes Ansehen verleiht. Da nun der Verkäufer auch die Abwesenheit von „Fehlern“ im Sinne des § 459 Abs. 1 besonders „zusichern“ kann und das Gesetzbuch praktisch zwischen beiden Arten der Zusicherung nicht unterscheidet (arg. § 460 Satz 2; ferner §§ 459, 463, 477 Abs. 1 verglichen mit §§ 482, 490 Abs. 1), so lässt sich der Inhalt des § 459 kurz dahin zusammenfassen: der Verkäufer hat die Kaufsache zu gewähren, soweit er bezüglich ihrer Zusicherungen (entweder positiver oder negativer Art) gemacht hat, in dem den Zusicherungen entsprechenden Zustand; soweit er solche nicht gemacht hat, in „brauchbarem“ Zustand. Vermag der Verkäufer diesen Verpflichtungen nicht nachzukommen, weil die Kaufsache die erforderlichen Eigenschaften nicht besitzt und es auch nicht möglich ist, ihr dieselben nachträglich noch zu verschaffen, so liegt auf seiner Seite eine Unmöglichkeit der Leistung vor. Für diese Art von unmöglichen Leistungen gelten nun folgende, hier nur in Kürze anzudeutende, Sonderbestimmungen:

[40] Beim Verkauf der in § 481 genannten Tiere (sogen. Viehkauf) sind die Fehler, welche die Kaufsache zur Zeit des Gefahrüberganges nicht haben darf (sogen. Hauptmängel) ein- für allemal genau bestimmt. Vgl. die Kaiserl. Verordnung v. 27. März 1899 (R. G. Bl. S. 219). Andere als die hier aufgezählten Mängel können beim Viehkauf nur unter dem Gesichtspunkt des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft in Betracht kommen: vgl. § 492. Und auch jene Hauptmängel berühren die Vollwertigkeit der Erfüllung nur dann, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen (sogen. Gewährfristen) zeigen: §§ 482, 483 und obige Verordnung in Vbd. mit § 486. Dafür wird aber, wenn sich ein Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist zeigt, vermutet, dass er schon zu der Zeit vorhanden gewesen ist, zu welcher die Gefahr auf den Käufer überging: § 484.

1. Obwohl es sich um objektive Unmöglichkeit der Leistung handelt, so ist doch der Kaufvertrag, auch wenn die Mängel von Anfang an vorhanden sind und nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses eine totale Unmöglichkeit der Leistung begründen, niemals nichtig, sondern in vollem Umfang gültig. Es greifen also nicht ein die §§ 306 ff.

2. Während nach allgemeinen Grundsätzen der Schuldner für die Unmöglichkeit der Leistung nur dann einzustehen hat, wenn ihm bezüglich ihrer eine culpa zur Last gelegt werden kann, so hat der Verkäufer einen Mangel der Sache unter allen Umständen zu vertreten, einerlei, ob der Mangel von Anfang an vorhanden war oder erst später eingetreten ist; ob der Verkäufer sein Dasein verschuldet hat oder nicht; ob er um ihn bei der Eingehung des Schuldvertrags wusste bezw. wissen konnte, oder ob beides nicht der Fall war (arg. § 460 Satz 1). Von dieser unbedingten Haftung des Verkäufers für Sachmängel macht das Gesetzbuch nur zwei Ausnahmen:

a) Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschluss des Kaufes kennt[41]. Soweit der Verkäufer keine Zusicherungen bezüglich der Beschaffenheit der Ware gemacht hat, ist der Kenntnis des Käufers seine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis von den Mängeln der Sache gleichgestellt. Doch schadet dem Käufer die grobfahrlässige Unkenntnis nicht, wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat[42].

b) Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache auch dann nicht zu vertreten, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als „Pfand" verkauft wird (§ 461)[43].

[41] Verpflichtet sich der Verkäufer, einen solchen Mangel, den der Käufer beim Abschluss des Kaufes kennt, zu beseitigen, so finden auf diese vom Verkäufer übernommene Sonderverpflichtung nicht die spezifischen Rechtssätze von der Mängelgewähr Anwendung, sondern es greifen in Ansehung einer etwaigen Unmöglichkeit der Erfüllung die in den vorigen Kapiteln dargestellten allgemeinen Grundsätze Platz. So auch im wesentlichen die Materialien: Motive II S. 226 und Protokolle I S. 672 fg.

[42] Dies ist in anderem Wortlaut der Inhalt des wenig glücklich gefassten § 460.

[43] Beachte auch § 806 der C. P. O. und § 56 Satz 3 des Zwangsver-

3. Trotzdem die Mangelhaftigkeit der Ware in aller Regel einen vom Verkäufer zu vertretenden Umstand darstellt, ist doch prinzipiell ausgeschlossen der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen der der Sache anhaftenden Fehler. Das ergiebt sich mittelst argumentum e contrario aus den §§ 462, 463. Hiernach kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn entweder der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt[44], oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 463)[45]. In allen andern Fällen eines vom Verkäufer zu vertretenden Mangels der Kaufsache kann der Käufer nur entweder „Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung)“ oder

steigerungsgesetzes; ferner bezüglich des Erbschaftskaufes: § 2376 Abs. 2 des B. G. B.

[44] Dieser Schädenanspruch ist einer besonders kurzen Verjährung unterworfen: vgl. die §§ 477, 490 Abs. 1 u. 2 und 492.

[45] Abgesehen von diesen beiden Fällen steht also dem Käufer aus dem Kaufvertrag ein Schadensersatzanspruch auch dann nicht zu, wenn die Kaufsache durch Verschulden des Verkäufers eine mangelhafte geworden ist, oder wenn er die Fehler bei Abschluss des Kaufvertrags infolge Außerachtlassens der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht gekannt hat. Denn die dem Käufer wegen Fehlerhaftigkeit der Ware zustehenden Ansprüche sind vom B. G. B. in dem von der Mängelgewähr handelnden Abschnitt (§§ 459—493) erschöpfend geregelt. Rechte, die ihm hier nicht ausdrücklich zugesprochen worden sind, kann der Käufer nicht aus allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen ableiten. (Unrichtig darum Planck-Greiff II § 459 1 a a. E. und § 480 unter 3 a. E.; Oertmann, Kommentar § 463 unter 1 und 2 b; Kloß im Sächs. Archiv Bd. 9 S. 290 fg; Emerich a. a. O. S. 69; richtig: Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 306/7). Es ist wohl auch rechtspolitisch durchaus zu billigen, dass der Käufer, wenn ihm auf der einen Seite Rechte gegen den Verkäufer verliehen werden, die der Gläubiger sonst nur im Falle einer culpa des Schuldners hat, auf der anderen Seite nicht alle Ansprüche bekommt, die dem Gläubiger für gewöhnlich aus einem Verschulden des debitor erwachsen. — Aus der erschöpfenden Aufzählung der Mängelansprüche in den §§ 462, 463 folgt übrigens für die uns hier nicht interessierenden Fälle des behebbaren Mangels, dass der Käufer von gesetzeswegen keinen Anspruch auf Beseitigung des Fehlers, somit in Ansehung des letzteren auch keine exceptio non adimpleti contractus hat. (Unrichtig: Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 15 und 16). Das Recht, statt der mangelhaften Sache Lieferung mangelfreier Ware zu verlangen, steht ihm vielmehr nur beim Gattungskauf zu: vgl. die §§ 480 u. 491. Bezüglich des dem Kaufe nahe verwandten Werklieferungsvertrags siehe die §§ 633 Abs. 2 und 651 Abs. 1 Satz 2 des B. G. B. und § 16 der Darstellung unter 2 und 4.

„Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung)“ verlangen (§ 462)[46]. Bezüglich dieser beiden Rechte sind folgende von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Eigentümlichkeiten zu verzeichnen:

a) Das Wandelungsrecht des Käufers entspricht zwar in Wesen und Wirkung dem Rücktrittsrecht des Gläubigers, das wir oben in § 9 unter III bei der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung kennen gelernt haben, und wie bei diesem kommen auch bei jenem die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften zur entsprechenden Anwendung. Dennoch bestehen zwischen beiden Rechten nicht unwesentliche Unterschiede:

α) Das Rücktrittsrecht des § 325 ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger den empfangenen Teil der Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat (§§ 325, 327, 352). Der Käufer hingegen kann auch dann noch wandeln, wenn er die empfangene Sache in dieser Weise bearbeitet hat; nur darf sich der Mangel nicht schon vor der Umgestaltung der Sache gezeigt haben (§ 467 Satz 1)[47].

β) Während nach § 325 der Gläubiger, der vom Vertrag zurücktritt, gar nichts von demjenigen Schaden ersetzt verlangen kann, den er dadurch erlitten, dass er sich mit dem Schuldner in ein Schuldverhältnis eingelassen hat, steht dem Käufer nach der Wandelung wenigstens ein Anspruch auf Ersatz der „Vertragskosten“ zu (§ 467 Satz 2)[48].

[46] Beim Viehkauf kann er nur Wandelung, nicht Minderung verlangen: § 487 Abs. 1.

[47] Noch weitergehend sind die Abweichungen beim Viehkauf: vgl. § 487 Abs. 1—3.

[48] Unter letztere würden z. B. etwaige vom Käufer ausgelegte Transportspesen fallen. Beim Viehkauf gehören hierher die Kosten der Fütterung und Pflege, die Kosten der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung, sowie die Kosten der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres (§ 488). — Der Anspruch auf Ersatz der Vertragskosten stellt sich zufolge der „Wandelung“ des Kaufes als ein außerkontraktlicher dar. Aus dem gewandelten Kaufe selbst vermag der Käufer keine Rechte mehr abzuleiten. Es ist darum nicht richtig, wenn Fuld im Sächs. Archiv Bd. 9 S. 342 meint, der Käufer könne neben der Wandelung auch die Zahlung der Vertragsstrafe fordern. Das wäre nur dann möglich, wenn die Parteien eine dahingehende Vereinbarung getroffen hätten. Vgl. oben § 9 Anm. 37.

γ) Nach § 325 hat der Gläubiger an und für sich nur im Falle der totalen Unmöglichkeit der Leistung das Recht, vom ganzen Vertrag zurückzutreten; im Falle der teilweisen Unmöglichkeit ist er dazu bloß dann befugt, wenn die mögliche Teilleistung für ihn kein Interesse hat. Der Käufer hingegen kann (von der selbstverständlichen Beschränkung des § 459 Abs. 1 Satz 2 abgesehen) wegen jeden Fehlers der Sache den ganzen Kauf wandeln, einerlei ob der Mangel, mit welchem der Gegenstand behaftet ist, im konkreten Falle totale oder nur teilweise Nichterfüllung bedeutet, und ob, wenn letzteres zutrifft, die teilweise Erfüllung für ihn ein Interesse hat oder nicht[49].

δ) Die in § 325 offen gelassene Frage, wie es bei der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung mit einem teilweisen Rücktrittsrecht zu halten sei, wird beim Kaufe für eine Reihe von Fällen in den §§ 469, 470 dahin beantwortet, dass die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache sich auch auf die Nebensache erstreckt, während, wenn die Nebensache mangelhaft ist, nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden kann[50]. Ferner ist, wenn sich ein Kaufvertrag auf mehrere Sachen bezieht, von denen nur einzelne mangelhaft sind, die Wandelung bloß in Betreff dieser einzelnen Sachen zulässig[51]; nur wenn sie alle als zusammengehörend verkauft worden sind, und die mangelhafte Sache von den übrigen nicht ohne Nachteil für einen der Kontrahenten getrennt werden kann, so hat jeder Teil das Recht, zu verlangen, dass der Kaufvertrag bezüglich aller Sachen rückgängig gemacht werde.

ε) Von den Abweichungen, welche die §§ 465, 466 enthalten, die an die Stelle der in § 467 nicht berufenen §§ 349, 355 treten, wird später unter c) die Rede sein. —

b) Das Recht des Käufers zur Minderung des Kaufpreises

[49] Bloß wenn es sich um die zugesicherte Größe eines Grundstücks handelt, ist das Recht des Käufers zur Wandelung davon abhängig gemacht, dass der Mangel so erheblich ist, dass die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse hat (§ 468).

[50] Wegen der sich alsdann notwendig machenden Berechnung des Kaufpreises siehe § 471.

[51] Vgl. Anm. 50.

deckt sich im wesentlichen mit dem Rechte, welches dem Gläubiger im Falle einer vom Schuldner zu vertretenden teilweisen Unmöglichkeit der Leistung auf Grund des § 325 Abs. 1 Satz 3 in Vbd. mit dem § 323 Abs. 1 zweitem Halbsatz zusteht. Ebensowenig wie hier der Gläubiger, wenn er von dem ihm verliehenen Rechte, seine Gegenleistung zu reduzieren, Gebrauch macht, angeben muss, um wieviel er sie geschmälert wissen will, ebensowenig braucht der Käufer, der die Minderung wählt, zu sagen, um wieviel der Kaufpreis gemindert werden soll: in beiden Fällen ergiebt sich die Summe, um welche die geschuldete Gegenleistung herabzusetzen ist, aus der in den §§ 472, 473 aufgestellten Gleichung von selbst: sie ist in thesi von vornherein fixiert und braucht nur in hypothesi durch einfache rechnerische Operation liquide gestellt zu werden[52].

c) Während nach § 325 der Gläubiger sein Rücktrittsrecht bezw. sein Recht zur Reduktion der Gegenleistung durch bloße dem Schuldner gegenüber abzugebende Erklärung ausübt, ist beim Kaufe die „Wandelung" oder die „Minderung" erst dann vollzogen, „wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt" (§ 465). Es ist also in aller Regel zum Vollzug der Wandelung oder Minderung der Abschluss eines Wandelungs- bezw. Minderungsvertrags notwendig[53]. Der Anspruch des Käufers auf Wandelung oder Minderung stellt sich somit dar als das Recht, vom Verkäufer die zu diesem Vertragsabschluss erforderliche Konsenserteilung zu verlangen. Erst wenn dieser seine Zustimmung gegeben hat und damit der Vertrag perfekt geworden ist, können die aus der (nunmehr vollzogenen) Wandelung oder Minderung fließenden Rechte auf Rückzahlung des gezahlten bezw.

[52] Darum nicht einwandsfrei: Endemann I § 161 Anm. 13 und 18; Planck-Greiff II § 465 unter 2. Richtig: Kloß a. a. O. S. 301; Oertmann, Kommentar § 465 unter 1. Im übrigen vgl. oben § 9 S. 168/9. Beachte auch daselbst S. 173—175.

[53] In der Litteratur ist dies zwar bestritten. (Vgl. die andere Auslegung des § 465 von Neumann in seiner Handausgabe des B. G. B., von Lobe im Sächs. Archiv Bd. 9 S. 116, von Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 324 fg.). Indessen steht die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller auf dem hier vertretenen, de lege lata wohl einzig möglichen, Standpunkt. Siehe die folgende Anmerkung.

des zu viel gezahlten Kaufpreises geltend gemacht werden[54]. Von den in der Litteratur bereits mehrfach erörterten civil- und prozessrechtlichen Konsequenzen, die sich daraus ergeben, interessiert uns hier, wo es ausschließlich darum zu thun ist, die früher dargestellten Grundsätze im Hinblick auf kaufrechtliche Besonderheiten zu ergänzen, nur die eine, die sich auf das Recht des Käufers bezieht, unter den ihm nach § 462 zustehenden Rechtsmitteln zu wählen. Es erlischt nämlich, weil weder die „Wandelung" noch die „Minderung" durch eine einseitige Erklärung des Käufers herbeigeführt wird, das Wahlrecht des letzteren nicht schon, wie bei den entsprechenden Befugnissen des § 325, dadurch, dass sich der Käufer dem Verkäufer gegenüber für den einen oder den anderen der ihm zustehenden Rechtsbehelfe entscheidet. Vielmehr wird solche Erklärung erst dann für ihn unwiderruflich, wenn der Verkäufer durch seine Zustimmung die Wandelung oder Minderung zum Vollzug gebracht hat[55]. Bis dahin kann der Käufer

[54] Dass diese Regelung sehr praktisch ist, lässt sich nicht behaupten; aber lex ita scripta est. Namentlich sind es, vom Wortlaut des § 465 ganz abgesehen, zwei Stellen, aus denen mit unzweifelhafter Sicherheit hervorgeht, dass sich das Gesetzbuch zu der Vertragskonstruktion bekannt hat: einmal der § 466, der an sich dem § 355 entspricht, nur mit der Abweichung, dass, wenn der Verkäufer dem Käufer zur Ausübung des Wandelungsrechts eine angemessene Präklusivfrist setzt, er dies unter dem Erbieten zur Wandelung thun muss. Könnte die Wandelung, wie der Rücktritt vom Vertrag, durch einseitige Erklärung des Käufers wirksam ausgeübt werden, warum müsste sich dann der Verkäufer bei der Fristsetzung seinerseits zur Wandelung erbieten? Und ferner schlägt hier ein der § 477, welcher das Wandelungs- bezw. Minderungsrecht des Käufers einer Verjährung unterwirft. Verjähren kann aber nach B. G. B. § 194 nur ein „Anspruch" d. i. das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen. Zu einem solchen wird aber der Verkäufer kraft des Wandelungs- bezw. Minderungsrechtes des Käufers nur vom Boden der Vertragskonstruktion aus verpflichtet. Ja, gerade um der Möglichkeit willen, diese Rechte des Käufers verjähren zu lassen, ist von den Gesetzesredaktoren, wie uns die Materialien bezeugen (Motive II S. 238 ff.; Protokolle I S. 676 ff.) zu dieser eigentümlichen Konstruktion gegriffen worden.

[55] Natürlich kann die Initiative zur Wandelung oder Minderung auch einmal vom Verkäufer ausgehen. Hat dieser dabei seine Zustimmung zur Wandelung oder Minderung im voraus erteilt, so kommt jetzt der in § 465 geforderte Vertrag mit der Erklärung des Käufers zu stande, dass er wandele bezw. mindere. Und dann ist diese Erklärung, sofern sie in Kenntnis des Wahlrechts abgegeben wird, allerdings unwiderruflich.

von der getroffenen Wahl beliebig abgehen d. h. er kann, auch wenn er gesagt hat, dass er wandeln wolle, nachträglich noch mindern, und umgekehrt, wenn er gesagt hat, dass er mindern wolle, nachträglich noch wandeln. Und dies selbst dann, wenn er bereits in der einen oder in der anderen Richtung Klage gegen den Verkäufer erhoben hat[56]. Nur darf bei diesem jus variandi des Käufers die sich aus § 145 des Gesetzbuchs ergebende Beschränkung nicht übersehen werden. Denn infolge der von letzterem angenommenen, in § 465 zum Ausdruck gebrachten, Vertragskonstruktion bedeutet die dem Verkäufer gegenüber abgegebene Erklärung des Käufers, dass er wandeln resp. mindern wolle, gleichzeitig eine Vertragsofferte im Sinne der §§ 145 ff., und der Käufer ist darum an seine Erklärung bis zu dem Zeitpunkt gebunden, in welchem er den Eingang der Antwort des abwesenden Verkäufers unter regelmäßigen Umständen erwarten darf[57].

d) Während der Gläubiger, der auf Grund des § 325 die Gegenleistung mindert oder vom Vertrag zurücktritt, den Beweis der Unmöglichkeit der Leistung erbringen muss, braucht der Käufer, der zu den Rechtsmitteln des § 462 greift, das Vorhandensein des Mangels nur dann zu beweisen, wenn er die Sache „als Erfüllung angenommen hatte“. War dies noch nicht geschehen, so hat der Verkäufer die Mangelfreiheit der Ware darzuthun (§ 363).

4. Die im Vorstehenden in ihren Grundzügen skizzierten Rechtssätze von der Mängelgewähr enthalten nur dispositives Recht. Doch ist eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung erlassen oder

[56] Die Klage muss sich, nach dem vorhin Ausgeführten, in erster Linie darauf richten, dass der Verkäufer seine Zustimmung zur Wandelung bezw. Minderung erteile. Die Rechtskraft des den Verkäufer verurteilenden Erkenntnisses würde dann nach § 894 der C. P. O. die Abgabe der Willenserklärung ersetzen und somit das Wahlrecht des Gläubigers zum Erlöschen bringen.

[57] Vgl. § 147 Abs. 2. Etwas weitgehend ist die Ansicht von Planck-Greiff II § 465 unter 1 a. E., das Verlangen der Wandelung oder Minderung sei „im Zweifel“ dahin auszulegen, dass der Käufer an den darin liegenden Vertragsantrag noch länger, als gesetzlich bestimmt ist, nämlich so lange gebunden sein wolle, bis er denselben widerrufe.

beschränkt wird, nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel der Sache arglistig verschweigt (§ 476)[58].

5. Schließlich sei noch zur Abgrenzung des Geltungsgebietes bemerkt, dass die Rechtssätze von der Mängelhaftung nur da Platz greifen, wo es sich um fehlende Eigenschaften der gekauften Sache handelt. Sie sind nicht anwendbar, wenn die Unmöglichkeit der Leistung darin ihren Grund hat, dass die gekaufte Sache zu existieren aufgehört hat. Denn die Nichtexistenz einer Sache bedeutet keine ihr fehlende „Eigenschaft" im Sinne des § 459, kann also auch den Käufer nicht zur Geltendmachung der in den §§ 462, 463 normierten Ansprüche berechtigen[59]. Vielmehr sind da, wo die Kaufsache nicht sowohl fehlerhaft, als in rerum natura überhaupt nicht vorhanden ist, ausschließlich die in den vorigen Kapiteln dargestellten allgemeinen Grundsätze zur Anwendung zu bringen. Bisweilen kann es zweifelhaft erscheinen, ob man es mit einer nicht existierenden oder mit einer mangelhaften Sache zu thun hat. Gegenstand des Kaufgeschäfts ist z. B. ein Grundstück, auf dem sich vertragsgemäß ein Gebäude befinden soll. Fehlt auf dem Grundstück das Gebäude, so wird man, wenn ersteres den wesentlichen Inhalt des Kaufkontrakts ausmacht, sagen müssen, dass die Kaufsache, der Grund und Boden, zwar existiere, dass sie aber mit einem vertragswidrigen Mangel be-

[58] Die Regeln von der Sachmängelhaftung des Verkäufers finden auf andere Austauschverträge entsprechende Anwendung: §§ 493, 515; beachte auch § 365. — Zu den „anderen Verträgen" im Sinne des § 493 gehört beispielsweise auch das Ausspielgeschäft, bei dem es im gemeinen Rechte bestritten war, ob der Spielhalter wie der Verkäufer gewährleistungspflichtig sei. Vgl. über die gemeinrechtliche Kontroverse die im Resultat richtigen, in ihren juristischen Konstruktionen aber nicht einwandsfreien Ausführungen von Waag, Gewährleistung für Fehler beim Ausspielgeschäft in Jherings Jahrbüchern Bd. 21 S. 393 ff.

[59] Ebensowenig ist es im Sinne der ädilizischen Haftung eine fehlende Eigenschaft einer Sache, dass eine andere, zwar in Verbindung mit ihr verkaufte, aber im übrigen völlig selbständige Sache nicht existiert. Ist z. B. ein Zweigespann gekauft, so ist es, wenn das Pferd B stirbt, nicht ein „Mangel" des Pferdes A, dass nunmehr das zu ihm gehörige Pendant fehlt. — Weiter als oben ist der Begriff der „Eigenschaft" bei der Irrtumslehre zu fassen. Hier wird man den Irrtum über die Existenz einer Sache allerdings unter die in § 119 Abs. 2 aufgezählten Irrtumsfälle einbeziehen müssen.

haftet sei. Ist aber gerade das Gebäude das eigentliche Objekt des Schuldverhältnisses, und spielt der Boden, auf dem es ruht, für den in Frage stehenden Kauf nur eine untergeordnete Rolle, so würde der Wegfall des Gebäudes zur Nichtexistenz des Kaufgegenstands führen und nicht bloß eine Mangelhaftigkeit desselben bedeuten. Und weiter: ist ein verkauftes Haus von einer Feuersbrunst heimgesucht und dabei nur in einzelnen Teilen beschädigt worden (es ist z. B. lediglich der Dachstuhl abgebrannt), so hätte das Haus als ein fehlerhaftes im Sinne des § 459 zu gelten; sind hingegen die durch den Brand entstandenen Verwüstungen so umfangreich, dass der vom Feuer übrig gelassene Rest des Gebäudes nach den Anschauungen des Verkehrs als „Haus" überhaupt nicht mehr angesehen werden kann, so würde wiederum Wegfall des Kaufgegenstands, nicht Mangelhaftigkeit desselben anzunehmen sein[60]. Die Frage also, ob in Fällen, wie den hier gedachten, die allgemeinen Rechtssätze der §§ 275 ff. und 306 ff. oder die von der Mängelgewähr handelnden Sondervorschriften der §§ 459 ff. zur Anwendung zu bringen sind, muss nach den konkreten Umständen des einzelnen Falles und nach dem Inhalt des gerade vorliegenden Schuldverhältnisses beantwortet werden.

2. Miete und Pacht.

§ 14.

Bei der Miete und Pacht, für welche nach § 581 Abs. 2 im wesentlichen die gleichen Vorschriften gelten, sind die Abänderungen resp. Ergänzungen, welche die allgemeinen Rechtssätze von der Unmöglichkeit der Leistung durch Sondervor-

[60] Nach römischem Rechte hätte man sich im Anschluss an das bekannte Paulusfragment (l. 57 pr. D. de contrah. emptione 18, 1) in solchem Falle zu fragen gehabt, ob von dem Hause mehr oder weniger als die „Hälfte" abgebrannt ist. Man hat diese Lösung des Problems mit gutem Grunde mehr justinianisch bezw. tribonianisch, als paulinisch genannt. Vgl. Bechmann, Der Kauf II S. 465 Anm. 2; Regelsberger in Jherings Jahrbüchern Bd. 40 S. 268; Hanausek a. a. O. II S. 385 Anm. 32 a. E.; siehe auch oben § 2 Anm. 16.

schriften erfahren, erheblich geringer als beim Kaufe. Es kommen hier nur folgende Punkte in Betracht:

1. Leidet die vermietete Sache zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses an einem „Fehler" (sei es nun, dass ihr Mängel anhaften, die ihren vertragsmäßigen Gebrauch aufheben bezw. mindern, oder dass sie „zugesicherte Eigenschaften" nicht besitzt)[1], so ist der Mietvertrag trotz der hier eventuell vorhandenen anfänglichen objektiven Unmöglichkeit der Leistung (ebenso wie beim Kaufe) vollständig gültig. Es cessieren also insoweit die §§ 306 ff. Statt dessen kommen die Grundsätze über die nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung zur entsprechenden Anwendung (arg. § 537).

2. Ist ein Mangel der unter 1) gedachten Art bei Abschluss des Mietvertrags vorhanden, so hat der Vermieter eine daraus entstehende Unmöglichkeit der Leistung unter allen Umständen (also ohne Rücksicht auf ein ihn treffendes Verschulden) zu vertreten (arg. § 538 Abs. 1).

3. Ebenso hat der Vermieter ein von Anfang an vorhandenes Unvermögen zur Leistung unbedingt zu vertreten, falls es sich in mangelnden rechtlichen Beziehungen zur Mietsache gründet (arg. § 541 in Vbd. mit § 538 Abs. 1)[2].

4. Von den Rechtsbehelfen, welche dem Gläubiger im Falle einer Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung auf Grund der §§ 323 ff. zustehen, hat bei der Miete das Rücktrittsrecht vom Vertrag eine besondere Ausgestaltung erfahren. Und zwar sind die Abweichungen, um die es sich hier handelt, folgende:

[1] Vgl. zu dieser Unterscheidung den vorigen Paragraphen eingangs unter III, bezüglich der Abgrenzung von mangelhafter und nicht existierender Sache den Schluss desselben unter 5.

[2] Da aber der Vermieter (anders als der Verkäufer) nur zur Besitz-, nicht auch zur Rechtsverschaffung verpflichtet ist, so bedeutet für ihn ein Mangel im Rechte ein Unvermögen zur Leistung nur dann, wenn er infolge des Rechtsmangels dem Mieter den Besitz der gemieteten Sache nicht zu gewähren vermag (wie denn auch § 541 ausdrücklich davon ausgeht: „dass durch das Recht eines Dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird"). — Abgesehen von den oben unter 1–3 herausgestellten Besonderheiten enthalten die §§ 537, 538 und der sich auf sie berufende § 541, soweit sie uns hier interessieren, nichts, was nicht schon den in den vorigen Kapiteln dargestellten allgemeinen Grundsätzen entnommen werden könnte.

a) Die Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters gewährt dem Mieter kein Rücktrittsrecht im Sinne der §§ 325, 327, sondern das Recht, nach § 542 das Mietverhältnis „ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen“[3].

b) Der wesentliche Unterschied zwischen dem Kündigungs- und dem Rücktrittsrecht besteht darin, dass der Rücktritt das Vertragsverhältnis nach rückwärts hin zur Auflösung bringt, die Parteien also gewissermaßen in integrum restituiert (arg. § 346), während die Kündigung dasselbe nur für die Zukunft auflöst, seinen bisherigen Bestand also in aller Regel unangetastet lässt. Das hat zur praktischen Konsequenz, dass der Gläubiger, der auf Grund des § 325 vom Vertrag zurücktritt, niemals neben dem Rücktritt einen Schadensersatzanspruch aus dem durch den Rücktritt erloschenen Kontrakt geltend machen kann; dass hingegen der Mieter, der wegen einer vom Vermieter zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung das Mietverhältnis kündigt, sehr wohl im stande ist, den ihm aus der Kündigung erwachsenden Schaden mit der Klage aus dem Mietvertrag vom Schuldner ersetzt zu verlangen[4]. Ebenso ist er befugt, neben der Kündigung eine etwaige für den Fall der schuldhaften Nichterfüllung im Mietkontrakt ausbedungene Konventionalstrafe zu fordern, was neben dem Rücktritt vom Vertrag auch nicht ohne weiteres möglich wäre[5].

c) Nach § 325 hat der Gläubiger das Recht zum Rücktritt

[3] Dass das Rücktrittsrecht des § 325 in diesem Kündigungsrecht des Mieters aufgeht, ist zwar im Gesetzbuch nicht ausdrücklich bestimmt, ergiebt sich aber aus dem Inhalt des § 542, der keinen Raum für ein mit dem Kündigungsrecht konkurrierendes Rücktrittsrecht übrig lässt.

[4] Natürlich ist das kein Anspruch auf Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses. Ein solcher wäre neben der Kündigung, die ja die obligatorischen Verpflichtungen beider Parteien für die Zukunft in Wegfall bringt, nicht denkbar. Sondern es liegt hier einer von den zahlreichen kontraktlichen negativen Ersatzansprüchen vor, die uns wiederholt im Laufe der Darstellung begegnet sind. Siehe oben § 9 Text und Anm. 38. Der Vermieter hätte also dem Mieter denjenigen Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erlitten hat, dass der nunmehr gekündigte Mietvertrag seiner Zeit abgeschlossen wurde. Dahin würden beispielsweise Umzugskosten gehören. — Dass der Mieter für die Zeit vor der Kündigung gegebenen Falles Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, versteht sich ganz von selbst.

[5] Vgl. oben § 9 Anm. 37.

vom Vertrag nur, wenn die Unmöglichkeit der Leistung auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand beruht. Das ihm durch § 542 verliehene Kündigungsrecht steht dem Mieter auch dann zu, wenn der Vermieter aus einem Grunde, den er nicht zu vertreten hat, seine mietrechtlichen Verpflichtungen unerfüllt lassen muss. Doch spielt die Frage nach der Zurechenbarkeit des Kündigungsgrundes insofern eine Rolle, als der Vermieter den Mietzins, den er für eine spätere Zeit im voraus erhalten hat, bloß nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten braucht, wenn die Kündigung wegen eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands erfolgt, während er ihn andernfalls nach den strengeren Grundsätzen des § 347, insbesondere also mit Zinsen, zurückzugeben hat (§ 543 Abs. 2).

d) Nach § 325 darf der Gläubiger im Falle einer teilweisen Unmöglichkeit der Leistung vom ganzen Vertrag nur dann zurücktreten, wenn die mögliche Teilleistung für ihn kein Interesse hat. Für das Kündigungsrecht des Mieters gelten in dieser Beziehung folgende Rechtssätze:

α) Ist nur eine Sache Gegenstand des Mietvertrags, so kann der Mieter das ganze Schuldverhältnis kündigen, sobald ihm der „vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird“ (§ 542 Abs. 1 Satz 1). Es ist hier also prinzipiell die teilweise Unmöglichkeit der totalen, die zeitweise der dauernden vollkommen gleichgestellt. Nur wenn es sich um eine unerhebliche Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs handelt, ist das Kündigungsrecht des Mieters davon abhängig gemacht, dass sie durch ein besonderes, auf seiner Seite vorliegendes, Interesse geboten ist (§ 542 Abs. 2)[6].

β) Sind mehrere Sachen vermietet, so kann der Mieter, wenn nur bezüglich einzelner von ihnen die Voraussetzungen des Kündigungsrechtes gegeben sind, auch nur in Ansehung dieser kündigen, selbst wenn ein Gesamtmietzins für alle Sachen festgesetzt sein sollte. Sind jedoch die Sachen als

[6] Den Beweis, dass dem so ist, hätte natürlich der Mieter zu führen.

zusammengehörend vermietet, so kann jeder Teil verlangen, dass die Kündigung auf alle Sachen erstreckt wird, falls die einzelnen Sachen von den übrigen nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können. Stehen die mehreren Sachen zu einander in dem Verhältnis von Haupt- und Nebensache, so darf die Kündigung, falls die Voraussetzungen für sie nur bezüglich der Nebensache vorliegen, auch nur betreffs dieser erfolgen; hingegen erstreckt sich die Kündigung wegen der Hauptsache ohne weiteres auch auf die Nebensache. Soweit hiernach die Kündigung nur in Ansehung einzelner Sachen stattfindet, ist der Pauschalmietzins in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrags der Wert der sämtlichen Sachen in fehlerfreiem Zustand zu dem Werte der von der Kündigung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde (§§ 543 Abs. 1, 469—471).

e) Macht der Mieter von dem ihm in § 542 eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch, so hat er die totale oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters zu beweisen. Da ihm aber das Kündigungsrecht nicht nur im Falle einer Unmöglichkeit der Erfüllung, sondern schon dann zusteht, wenn ihm der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache „nicht rechtzeitig“ gewährt wird, so braucht er sich gar nicht auf die Unmöglichkeit der Leistung zu berufen, sondern es genügt, wenn er die Nicht-Rechtzeitigkeit der Leistung geltend macht. Das ist für ihn deshalb vorteilhafter, weil der Beweis der rechtzeitigen Leistung nach Abs. 4 des § 542 dem Vermieter obliegt. Nur muss der Mieter, wenn er wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung kündigt, nachweisen, dass die nachträgliche Erfüllung des Vertrags infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstands für ihn kein Interesse hat (§ 542 Abs. 1 Satz 3). Kann oder will er diesen Beweis nicht führen, so ist die Kündigung erst dann zulässig, wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter gesetzte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne „Abhülfe zu schaffen“ (§ 542 Abs. 1 Satz 2). Nach Ablauf der Frist hat dann der Mieter (abgesehen von der ihn eventuell nach § 363 treffenden Beweislast) zur Rechtfertigung seiner Kündigung nur die Fristsetzung darzuthun. Sache des Vermieters wäre es, wenn

er die Zulässigkeit der erfolgten Kündigung bestritte, weil er während der Frist die „Abhülfe“ bewirkt habe, den Beweis für diese Behauptung zu erbringen, einen Beweis, den er in den hier zur Besprechung stehenden Fällen, in welchen wir von der Unmöglichkeit der „Abhülfe“ ausgehen, natürlich nicht liefern könnte.

5. Die Geltendmachung des soeben besprochenen Kündigungsrechts, sowie der übrigen dem Mieter auf Grund der §§ 537, 538, 541 zustehenden Befugnisse ist ausgeschlossen:

a) Wenn der Mieter die Unmöglichkeit der Leistung bei dem Abschluss des Vertrags kennt (§§ 539 Satz 1, 541, 543 Abs. 1). Nur wenn es sich um die Miete von Wohnungen oder anderen zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Räumen handelt, darf der Mieter, wenn diese Gegenstände so beschaffen sind, dass ihre Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auch dann kündigen, wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit bei dem Abschluss des Vertrags gekannt hat; ja selbst durch einen Verzicht auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte gehen ihm letztere nicht verloren (§ 544).

b) Handelt es sich um einen Mangel der Sache, dessen Abwesenheit der Vermieter nicht besonders zugesichert hat, so steht der Kenntnis des Mieters die grobfahrlässige Unkenntnis gleich. Diese schadet aber dem Mieter dann nicht, wenn der Vermieter den Mangel der Sache arglistig verschwiegen hat (§§ 539 Satz 2, 543 Abs. 1 in Vbd. mit §§ 460 und 537 Abs. 1).

c) Nimmt der Mieter eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so muss er sich die aus der Mangelhaftigkeit des Mietobjekts fließenden Rechte bei der Annahme besonders vorbehalten, wenn er ihrer nicht verlustig gehen will (§§ 539 Satz 2, 543 Abs. 1 in Vbd. mit § 464)[7].

[7] Da der § 541 den Satz 2 des § 539 nicht mit beruft, so verliert der Mieter die ihm auf Grund der §§ 541, 543 Abs. 1 zustehenden Rechtsbehelfe nicht dadurch, dass er die Mietsache in Kenntnis des Rechtes eines Dritten vorbehaltlos annimmt. Inwieweit dabei die Kenntnis des Mieters einen Verzicht auf die gedachten Befugnisse einschließt, ist quaestio

Den Beweis der Kenntnis bezw. der grobfahrlässigen Unkenntnis des Mieters hat in den Fällen a—c der Vermieter, den Beweis des Vorbehalts bezw. der arglistigen Verschweigung der Mieter zu führen.

6. Die im Vorstehenden wiedergegebenen Gesetzesbestimmungen enthalten (abgesehen von § 544) nur dispositives Recht. Es steht den Parteien frei, die Haftung des Vermieters im einzelnen Falle in anderer Weise zu regeln. Doch ist eine Vereinbarung, durch welche die hier besprochenen Rechtssätze zu Gunsten des Vermieters abgeändert werden, nichtig, wenn der Vermieter die Umstände, welche die Erfüllung seiner Verbindlichkeit verhindern, arglistig verschweigt (§§ 540, 541, 543 Abs. 1).

7. Was die Pflichten des Mieters angeht, so kann ihre Erfüllung, soweit sie sich in der Zahlung des in Geld bestehenden Mietzinses erschöpft, überhaupt nicht unmöglich werden. Ist ausnahmsweise als Gegenleistung des Mieters etwas Anderes als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so würden, falls es hier zu einer Unmöglichkeit der Leistung käme, lediglich die in den vorigen Kapiteln dargestellten allgemeinen Grundsätze anzuwenden sein. Es existieren in dieser Beziehung keine mietrechtlichen Sondervorschriften. Auch in Ansehung der Verpflichtung des Mieters, nach der Beendigung des Mietverhältnisses die gemietete Sache zurückzugeben (§ 556 Abs. 1), würde man bei einer etwaigen Unmöglichkeit der Herausgabe auf die allgemeinen Rechtssätze von der Unmöglichkeit der Leistung zurückzugreifen haben. An mietrechtlichen Besonderheiten lässt sich hier nur zweierlei aufführen:

a) Während im allgemeinen der Gläubiger bloß bei vorhandener Unmöglichkeit der Leistung Rechte aus ihr ableiten kann, ist der Vermieter auch schon gegenüber der „drohenden“ Unmöglichkeit der Rückgewähr der Mietsache im stande, mit Rechtsbehelfen gegen den Mieter vorzugehen. Nicht nur, dass er auf Unterlassung klagen kann, wenn der Mieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht und diesen ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters fort-

facti. Jedenfalls würde das Vorliegen eines solchen Verzichtes vom Vermieter zu beweisen sein.

setzt (§ 550); er kann auch ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter die Sache durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet (§ 553).

b) Der Satz, dass die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Mietsache beim Vermieter steht (§§ 323, 537, 542), erleidet eine Ausnahme, wenn der Pächter eines Grundstücks das Inventar zum Schätzungswert mit der Verpflichtung übernimmt, es bei der Beendigung der Pacht zum Schätzungswert zurückzugewähren. Alsdann hat nämlich in Betreff des Inventars der Pächter die Gefahr des Zufalls zu tragen (§§ 587, 588 Abs. 1).

3. Der Dienstvertrag.

§ 15.

Die Abänderungen, welche die allgemeinen Grundsätze über die Unmöglichkeit der Leistung durch dienstrechtliche Sonderbestimmungen erfahren, sind ebenfalls nicht erheblicher Art. Es handelt sich hier in der Hauptsache nur um folgende zwei Gruppen von Rechtssätzen:

1. An und für sich müsste, nach den oben in § 9 dargestellten Vorschriften der §§ 323 ff., jeder Dienstpflichtige, der eine Zeitlang an der Leistung der Dienste verhindert ist, für die Dauer der Verhinderung seinen Anspruch auf die Gegenleistung verlieren. Statt dessen soll nach § 616 der Wegfall der Gegenleistung nicht eintreten, wenn der Verpflichtete für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Der Dienstpflichtige muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Somit trägt nach B. G. B. bei der locatio-conductio operarum die Gefahr des Zufalls, trotz § 323, in einer Reihe von Fällen nicht der Vermieter, sondern der Mieter, indem er mitunter

zur Entrichtung des vereinbarten Entgelts verpflichtet bleibt, ohne ein Äquivalent dafür zu erhalten. Ja noch mehr. Wenn es sich um ein dauerndes Dienstverhältnis handelt, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, und bei welchem der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, hat der Dienstberechtigte dem Dienstpflichtigen im Falle der Erkrankung auch die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren[1]. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Die in § 617 Abs. 1 statuierte Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist (§ 617 Satz 1 a. E.), oder wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist (§ 617 Abs. 2). —

Bezüglich des die Regeln von der Gefahrtragung abändernden § 616 ist im einzelnen noch Folgendes zu bemerken:

a) Wann eine Verhinderung zur Dienstleistung von „nicht erheblicher Zeit" vorliegt, ist quästio facti. Ihre Beantwortung hängt lediglich von dem Inhalt des einzelnen Schuldverhältnisses ab. Keinesfalls lässt sich daraus, dass § 617 dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen erkrankten Dienstboten das Recht auf Verpflegung nur für die Dauer von sechs Wochen zuerkennt, folgern, dass diese Frist als das maximum einer „unerheblichen Zeit" anzusehen sei; jede längere Verhinderung also als eine erhebliche im Sinne des § 616 zu gelten habe. Die Verpflegungspflicht des Dienstherrn aus § 617 hat an sich

[1] Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung des Verpflichteten von dem Dienstberechtigten nach dem, noch unten zu besprechenden, § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses für die hier in Frage stehende Verpflegungspflicht außer Betracht (§ 617 Abs. 1 Satz 4).

nichts zu thun mit der ihm in § 616 auferlegten Verpflichtung zur Zahlung des Dienstlohnes. Es lassen sich sehr wohl Fälle denken, wo auch eine mehr als sechswöchige, ja wo selbst eine mehrmonatige Verhinderung des Dienstpflichtigen „eine verhältnismäßig unerhebliche“ im Sinne des § 616 ist[2]. Selbstverständlich bleibt dem locator operarum der Anspruch auf die Vergütung niemals über die Dauer des Vertrags hinaus erhalten. Dabei ist es gleichgültig, ob das Dienstverhältnis durch Ablauf der Zeit, für welche es eingegangen wurde, oder etwa durch vorzeitige Kündigung auf Grund des § 626 erlischt[3].

b) Das die Leistung der Dienste zeitweise unmöglich machende Hindernis benimmt dem Dienstschuldner nur dann den Anspruch auf die Gegenleistung nicht, wenn es „ohne sein Verschulden“ eingetreten ist[4]. Mit Recht hebt Oertmann, Kommentar Seite 336/37 hervor, dass der vom Schuldner culpos herbeigeführten Dienstverhinderung das zwar nicht verschuldete, aber bei Eingehung des Dienstvertrags schuldhaft verschwiegene Hindernis gleichzustellen ist.

[2] Anders im Handelsrecht. Hier ist zufolge der §§ 63, 76 Abs. 1 des H. G. B. den Handlungsgehülfen und den Handlungslehrlingen, wenn sie „durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert werden“, ein Anspruch auf „Gehalt und Unterhalt“ nur für die Dauer von sechs Wochen verliehen. Dafür brauchen sie sich aber den Betrag nicht anrechnen zu lassen, der ihnen für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Und dieser Satz enthält sogar zwingendes Recht. § 63 Abs. 2.

[3] Anderer Meinung Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B. G. B. (Mannheim 1898; Separat-Abdr. aus d. Annalen der Großherzogl. Bad. Gerichte Nr. 11 ff.) S. 59. Er entnimmt für den Fall, dass die vorzeitige Kündigung wegen der Verhinderung erfolgt, das Gegenteil aus § 617 Abs. 1 Satz 4 (siehe oben Anm. 1) und H. G. B. § 72 Abs. 2. Indessen handelt es sich entweder in solchen Fällen wirklich nur um eine „verhältnismäßig nicht erhebliche“ Verhinderung, dann wird der Richter überhaupt das Vorliegen eines „wichtigen“, zur Kündigung berechtigenden, Grundes im Sinne des § 626 verneinen. Oder die Verhinderung ist derartig, dass sie thatsächlich einen solchen Grund darstellt, dann kann man auch nicht mehr sagen, dass sie „verhältnismäßig unerheblich“ sei. Es würde auch, wenn auf Grund des § 626 gekündigt worden ist, an jedem Maßstab dafür fehlen, wie lange der Dienstpflichtige noch lohnberechtigt sein soll. Denn § 616 kennt, wie schon oben betont wurde, nicht die in den von Hachenburg berufenen Gesetzesstellen sich findende Maximalfrist von sechs Wochen.

[4] Vgl. hierzu das oben in § 5 Anm. 8 Ausgeführte.

c) Zufolge ihrer Fassung lässt sich mit der Vorschrift des § 616 nur da ohne weiteres operieren, wo die Arbeit des Verpflichteten mittelst Zeitlohns bezahlt wird. Man wird aber der Reichstagskommission darin beizutreten haben, dass die fragliche Bestimmung auch dann Platz greifen muss, wenn eine Vergütung nach Stücklohn vereinbart war[5]. In solchem Falle ist bei der Berechnung des für die Dauer der zeitweiligen Verhinderung zu zahlenden Entgelts von dem Durchschnittsbetrag auszugehen, welchen der Arbeitspflichtige regelmäßig zu verdienen pflegt[6]. Andrerseits muss der § 616 einschränkend ausgelegt werden für eine Reihe von Fällen, in denen der Dienstlohn nicht bloß in Geld, sondern daneben noch in Naturalbezügen besteht. Hat nämlich die letztere Art des Lohnes ihre Ursache darin, dass der Dienstpflichtige an der häuslichen Gemeinschaft des Dienstherrn teilnimmt, so geht der locator operarum seines Anspruchs auf diesen Teil der Vergütung zweifellos für die Zeit verlustig, für welche er sich vorübergehend aus einem in seiner Person liegenden Grunde aus dem Hause des Dienstberechtigten entfernt. Es kann also nach § 616 ein Dienstmädchen, das auf eine Woche nach Hause reist, weil eines ihrer Eltern im Sterben liegt, zwar den auf diese Zeit fallenden Geldlohn, hingegen keine Vergütung für die ihr entgehende Beköstigung von ihrer Herrschaft verlangen.

d) Bezüglich dessen, was sich der Schuldner auf den ihm an sich zustehenden Lohn „anrechnen“ lassen muss, ist streng daran festzuhalten, dass das Gesetzbuch eine Anrechnungspflicht nur in Ansehung derjenigen Beträge vorschreibt, die aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung vom Schuldner erhoben werden. Es gehören also nicht hierher Verdienste, die er infolge der Verhinderung macht z. B. nicht die Löhnung, die er als Reservist oder Landwehrmann erhält; ferner nicht Entschädigungen anderer Art (also nicht Zeugen- bezw. Sach-

[5] Bericht der Reichstagskommission 9. Legislaturperiode IV. Session, Anlage zu den stenographischen Berichten Bd. 3 Nr. 440 S. 1975.

[6] Übereinstimmend u. a. Planck-André II S. 355 unter 2a; Cosack I S. 511 bei Anm. 5; Matthiaß I S. 520.

verständigen-Gebühren, die er aus Anlass einer gerichtlichen Vorladung bekommt); sodann nicht Ansprüche, welche dem Dienstpflichtigen gegen dritte Personen aus der Verhinderung erwachsen, sei es auf Grund eines Vertrages (private Unterstützungs- oder Hülfskassen; private Unfall- oder Krankenversicherung), sei es auf Grund eines Deliktes (§§ 823 ff., Reichshaftpflichtgesetz u. s. w.). Da der § 616 ausdrücklich nur die gesetzliche Kranken- oder Unfallversicherung erwähnt, braucht sich endlich der Dienstpflichtige auch nicht die ihm aus einer gesetzlichen Alters- und Invalidenversicherung zukommenden Beträge anrechnen zu lassen. Gleichgültig ist es für die Anwendbarkeit des Satz 2 des § 616, ob der Dienstherr oder der Dienstpflichtige die Kranken- resp. Unfallversicherungsgelder bezahlt hat.

e) Der § 616 verlangt ausdrücklich, dass die Unmöglichkeit der Leistung ihren Grund in der Person des zur Dienstleistung Verpflichteten hat. Da es sich bei dem § 616 um einen Ausnahmerechtssatz, also um eine strikt zu interpretierende Regel handelt, so lässt sich nicht aus ihm mittelst argumentum a maiori folgern, dass der Arbeitspflichtige seines Anspruchs auf die Gegenleistung erst recht nicht verlustig gehen könne, wenn er durch einen außerhalb seiner Person liegenden Grund an der Leistung der Dienste vorübergehend verhindert wird. Macht sich also, um an ein oben (§ 1 unter III) gebrauchtes Beispiel anzuknüpfen, aus irgend welcher zufälligen Ursache (etwa infolge einer Feuersbrunst) die zeitweilige Schließung einer Fabrik notwendig, so ist es nicht möglich, den Arbeitern, die jetzt eine Zeitlang nicht im stande sind, die ihnen obliegende Leistung zu bewirken und die infolgedessen nach § 323 ihren Anspruch auf die Gegenleistung verlieren, diesen Lohnanspruch auf dem angedeuteten Umweg über § 616 zu erhalten[7].

f) Da sich der § 616 als eine Ausnahme von der Regel des § 323 darstellt, so hat im Bestreitungsfall der Dienstpflichtige zu beweisen, dass die Voraussetzungen vorliegen,

[7] Anderer Ansicht ist Oertmann, Kommentar S. 336 unter 1b. Vgl. auch die oben in § 1 Anm. 41 citierte Litteratur.

unter denen er berechtigt ist, trotz eigener Nichtleistung die vereinbarte Gegenleistung zu verlangen.

g) Der § 616 enthält, wie seine Vergleichung mit § 619 ergiebt, nur dispositives Recht. Er kann also von den Parteien im Wege der freien Vereinbarung außer Kraft gesetzt werden. Es ist auch die Landesgesetzgebung befugt, in den ihr vorbehaltenen Materien des Dienstrechtes, so z. B. im Gesinderecht, von § 616 abweichende Bestimmungen zu erlassen[8].

2. Wie bei der locatio-conductio rei, steht auch bei der locatio-conductio operarum dem Mieter, falls dem Vermieter die ihm obliegende Leistung unmöglich wird, kein Rücktrittsrecht im Sinne des § 325 zu. Dafür ist ihm aber auch hier ein vorzeitiges Kündigungsrecht verliehen[9] und zwar unter noch erweiterten Voraussetzungen: denn nach § 626 kann das Dienstverhältnis von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, „wenn ein wichtiger Grund dazu vorliegt“[10]. Es ist also im Falle einer Unmöglichkeit der Leistung die Auflösung des Dienstverhältnisses zulässig ohne Rücksicht darauf, ob jene auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand beruht oder nicht; im Falle einer teilweisen Unmöglichkeit der Leistung ohne Rücksicht darauf, ob die mögliche Teilleistung für den Gläubiger ein Interesse hat oder nicht; und was das Wichtigste ist: während nach allgemeinen Grundsätzen immer nur der Gläubiger, nie auch der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung das Recht zum Rücktritt vom Vertrag hat, kann das Dienstverhältnis sowohl von dem einen wie von dem anderen Teile gekündigt werden,

[8] Vgl. Art. 95 des E. G., wo sich § 616 nicht mit aufgeführt findet. Ob es de lege ferenda nicht richtiger gewesen wäre, den § 616 in gleichem Umfang wie die §§ 617, 618 für jus cogens zu erklären, mag dahingestellt bleiben.

[9] Über den Unterschied von Rücktritt und Kündigung vgl. das oben in § 14 S. 286 Gesagte.

[10] Dass durch dieses in § 626 normierte Kündigungsrecht das Rücktrittsrecht des § 325 außer Kraft gesetzt wird, ist zwar im Gesetzbuch nicht ausdrücklich betont, ergiebt sich aber aus der Natur der Sache: denn es bleibt einfach neben dem einen kein Raum für das andere übrig. Anderer Meinung offenbar: Planck-André II S. 367 unter 4 und Oertmann, Kommentar S. 348 unter 4.

sobald nur, wie gesagt, ein wichtiger Grund dazu vorliegt[11]. Ja, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die nur auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, so ist die Kündigung auch ohne diese Voraussetzung zulässig. Doch darf der Verpflichtete nur in der Art kündigen, dass sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann, „es sei denn, dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt". Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so ist zwar die Kündigung selbst gültig, der Dienstberechtigte kann aber solchenfalls Ersatz des ihm aus der Kündigung entstehenden Schadens verlangen (§ 627 Abs. 1 und 2)[12].

Im übrigen hat das Gesetzbuch an das Kündigungsrecht der §§ 626 und 627 folgende Konsequenzen geknüpft:

a) Wird nach dem Beginn der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund der gedachten Bestimmungen gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen (§ 628 Satz 1)[13].

[11] Wann dies der Fall ist, darüber hat in jedem einzelnen Falle der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden. Die Mehrheit der Kommission der 2. Lesung sowohl, wie die der Reichstagskommission hat es ausdrücklich abgelehnt, den § 626 noch durch Anführung von Beispielen zu ergänzen. Eine exemplifizierende Aufzählung von Kündigungsgründen (nicht eine erschöpfende, wie Reinhard, Der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag im Sächs. Archiv Bd. 7 S. 34 bezügl. der Artikel 63, 64 des alten H. G. B. meint) findet sich in den §§ 70 ff. des H. G. B. Vgl. zu dem § 626 des B. G. B. auch die §§ 124—133 der Reichs-Gewerbeordnung und über das Verhältnis, in dem die beiden Rechtsquellen zu einander stehen: v. Blume im Verwaltungsarchiv Bd. 7 S. 481 ff. — Den Beweis für das Vorhandensein eines wichtigen, die Kündigung rechtfertigenden, Grundes hat derjenige zu führen, der die Rechtmäßigkeit der Kündigung behauptet.

[12] Über die Natur dieser Schädenklage vgl. oben § 14 Anm. 4. — Den Beweis der Unzeitigkeit der Kündigung hat der auf Schadensersatz klagende Dienstberechtigte, den Nachweis, dass die unzeitige Kündigung ausnahmsweise durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt ist, der Dienstpflichtige zu erbringen.

[13] Und zwar gilt dies auch dann, wenn die auf Grund des Dienstvertrags gemachten Leistungen erst vorbereitender Art waren. Denn bei der locatio-conductio operarum wird die einzelne Thätigkeit als solche, nicht ein bestimmter Erfolg honoriert (vgl. oben § 2 Anm. 26 und 28). Es würde also ein Arzt, der zu einem Patienten reist, ihn aber bei seiner Ankunft bereits tot findet, und dem nunmehr die Erben auf Grund des § 626 den

Dieser Rechtssatz ist, weil ja die Kündigung, anders als der Rücktritt, den Vertrag nur für die Zukunft auflöst, selbstverständlich. Wesentlich hingegen ist der weitere, sich daran anschließende Satz des § 628, dass, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete kündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu veranlasst zu sein, oder wenn er selbst durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles veranlasst, ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zustehen soll, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben[14].

b) War bei der Kündigung die Vergütung für eine spätere Zeit bereits im voraus entrichtet, so muss der Dienstpflichtige, wenn ihm wegen eines Umstandes gekündigt wird, den er zu vertreten hat, die Vergütung nach § 347, also mit Zinsen, zurückerstatten; erfolgt hingegen die Kündigung wegen eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, so braucht er den Vorausempfang nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugewähren (§ 628 Abs. 1 Satz 3).

c) Endlich ist, wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des einen Teiles veranlasst wird, der andere Teil dem Kündigenden zum Ersatz des durch die Kündigung entstehenden Schadens verpflichtet (§ 628 Abs. 2)[15].

Obwohl ausdrücklich im Gesetzbuch nichts darüber bestimmt ist, muss doch aus dem Inhalt und dem Zweck der §§ 626, 627 geschlossen werden, dass auf das daselbst nor-

Vertrag kündigen, einen Teil des vereinbarten oder üblichen Honorars (nicht etwa bloß Ersatz der baren Auslagen) verlangen dürfen.

[14] Verweigert der Dienstberechtigte dem Dienstpflichtigen auf Grund dieser Bestimmung den Lohn für die „bisherigen Leistungen", so hat der Dienstherr den Mangel des Interesses an der Teilleistung bezw. das vertragswidrige Verhalten des Dienstschuldners zu beweisen. Hingegen würde es Sache des letzteren sein, darzuthun, dass er durch ein vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles zur Kündigung veranlasst worden ist.

[15] „Vertragswidriges Verhalten" bedeutet hier, wie sich aus dem Zusammenhang ergiebt, so viel wie „schuldhaft vertragswidriges Verhalten". Übereinstimmend: Protokolle II S. 306; Planck-André II S. 367 unter 3b; Oertmann, Kommentar S. 347 unter 2. — Wegen des Ersatzanspruchs vgl. wiederum § 14 Anm. 4.

mierte Kündigungsrecht von den Parteien nicht im voraus gültig verzichtet werden kann[16]. —

Abgesehen von den in diesem Paragraphen besprochenen Abweichungen kommen bei dem Dienstvertrag ausschließlich die in den vorigen Kapiteln dargestellten allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

4. Der Werkvertrag.

§ 16.

Von den Rechtssätzen, die das Gesetzbuch beim Werkvertrag aufgestellt hat, sind folgende für die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung bedeutsam:

1. Als Zeitpunkt des Gefahrüberganges ist in § 644 Satz 1 die „Abnahme" des Werkes bestimmt. Ist diese erfolgt, so muss der Besteller die vereinbarte Vergütung auch dann entrichten, wenn das Werk später von einem Zufall betroffen wird und er infolgedessen das vom Unternehmer hergestellte Arbeitsprodukt nicht oder nicht so, wie er wollte, nutznießen kann. Es fragt sich: was ist unter „Abnahme" im Sinne des § 644 zu verstehen? In der Litteratur geht, wohl unter dem Einfluss der Materialien, die überwiegende Meinung dahin, dass beim Werkvertrag „Abnahme" soviel wie „Annahme als Erfüllung" bedeute. Dann wäre zur „Abnahme" ein zwiefaches erforderlich: einmal das körperliche Ansichnehmen des Werkes seitens des Bestellers, und sodann die Approbation d. h. die Anerkennung der schuldnerischen Leistung „als Erfüllung"[1]. Dieser Meinung kann indessen

[16] Ebenso: Planck-André II S. 365 unter 4, Oertmann S. 345 unter 6 und S. 346 unter 4. Anderer Ansicht hingegen: Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 40.

[1] So u. a. Planck-André II S. 379 fg.; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 312 fg.; Endemann I S. 791 bei Anm. 28; Matthiaß I S. 528; Oertmann, Kommentar S. 361 fg.; vgl. auch Sprenger in Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 593. Nicht geteilt wird die Ansicht von Cosack I S. 528; Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 55 Anm. 3; wohl auch nicht von Kohler im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 13 S. 266 Anm. 117.

nicht beigetreten werden. Denn wollte man an ihr festhalten, so wäre die Folge, dass der Unternehmer, der mit der Ablieferung des hergestellten Werkes an den Gläubiger die ihm aus dem Werkvertrag obliegenden Verpflichtungen vollständig erfüllt hat, dennoch die Gefahr des Zufalls weiter zu tragen hätte, so lange bis der Gläubiger die Thatsache der Erfüllung auf irgend eine Weise, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, anerkannt hat. Es würde also der conductor operis unter Umständen trotz ordnungsmäßiger Erfüllung den Anspruch auf die Gegenleistung verlieren. Das widerspräche dem in § 323 zum Ausdruck gebrachten Prinzip, das durch den Satz 1 des § 644 nur schärfer präzisiert, nicht aber abgeändert werden sollte. In Wahrheit hat die „Abnahme“ des § 644 nichts mit einer Billigung des Bestellers zu thun: sie entspricht vielmehr der „Übergabe“ des § 446; beide Ausdrücke bezeichnen denselben äußerlichen Akt, dort von der Seite des Gläubigers, hier von der Seite des Schuldners betrachtet. „Übergabe“ ist das tradere in den Gewahrsam des Bestellers; „Abnahme“ gewissermaßen das loco movere aus dem Gewahrsam des Unternehmers. In dem Moment, wo das hergestellte Werk den Gewahrsam des Schuldners mit dem des Gläubigers vertauscht, geht die Gefahr auf den letzteren nach § 644 Satz 1 über, einerlei ob er das Werk „gebilligt“ hat, oder nicht. Hingegen ist auch hier, ebenso wie beim Kaufe, die natürliche Voraussetzung des Gefahrübergangs, dass das Werk „vertragsmäßig“ hergestellt war. Denn war es das nicht, sondern hatte der Besteller ein „mangelhaftes“ Werk „abgenommen“, so ist die Gefahr zufolge § 634 vbd. mit den §§ 467, 350 beim Unternehmer verblieben[2].

[2] Die „Annahme als Erfüllung“ hat immer nur beweisrechtliche Bedeutung (vgl. § 363), materiellrechtliche höchstens insoweit, als unter Umständen aus ihr eine Billigung offensichtlicher Mängel und somit ein Verzicht auf die sich aus diesen Mängeln ergebenden Rechte abgeleitet werden kann. Die „Abnahme“ des § 644 und die „Annahme als Erfüllung“ des § 363 haben also nichts miteinander zu thun. Zwar kann eine „Abnahme“ gleichzeitig auch „Annahme als Erfüllung“ sein; ebensogut kann aber auch die letztere der ersteren vorhergehen: dann ist trotz der „Annahme“ die Gefahr beim Unternehmer verblieben; wie sie andrerseits schon vor der „Annahme“ auf den Besteller übergeht, wenn letztere der „Abnahme“ zeitlich nachfolgt. Die „Abnahme“ bezeichnet als solche, wie gesagt, regelmäßig

Im übrigen sind über die Gefahrtragung beim Werkvertrag, die im gemeinen Rechte soviel umstritten war, vom Boden des B. G. B. aus noch folgende Einzelheiten zu erwähnen:

a) Aus § 644 Satz 1 folgt, dass, wenn das herzustellende Werk vor der Abnahme durch Zufall gänzlich untergeht, der Unternehmer jeden Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Weil seine Verpflichtung nicht im Arbeiten schlechthin, sondern in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs besteht, kann er auch für die vor der Vollendung des Werkes bereits geleistete Arbeit keinerlei Vergütung beanspruchen[3]. Nur dann, wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen (§ 645 Abs. 1 Satz 1). Den ihm hier verliehenen Anspruch auf einen Teil des vereinbarten Entgelts vermag der Unternehmer nicht aus § 324 abzuleiten. Denn es handelt sich in den in § 645 aufgezählten Fällen nicht um eine vom Besteller zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung[4]. Sondern der Grund, warum hier der Unternehmer ein Entgelt für die Arbeit als solche verlangen kann, liegt darin, dass die Unausführbarkeit des Werkes, wenn auch vom Besteller nicht verschuldet, so doch in letzter Linie von ihm veranlasst worden ist[5]. Da sich der § 645 als eine

nur den äußeren, sichtbaren Platzwechsel des Werkes. Und dies gilt nicht nur in Ansehung der von der Gefahrtragung handelnden §§ 644, 645, sondern, trotz der zum Teil entgegenstehenden Ausführungen der Protokolle (II S. 315 fg.), in gleicher Weise von den übrigen werkrechtlichen Vorschriften, in denen die „Abnahme“ des Werkes eine Rolle spielt (vgl. §§ 638, 640, 641).

[3] Denn solche Arbeit ist in aller Regel keine teilweise Leistung im Sinne des § 323 Abs. 1. Vgl. § 2 der Darstellung bei Anm. 28.

[4] Alsdann würde der Besteller nicht nur auf „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung“, sondern auf die ganze vereinbarte Gegenleistung, eventuell auf außerkontraktlichen Ersatz des sonst noch angerichteten Schadens verhaftet sein, ein Satz, der sich in § 645 Abs. 2 zum Überfluss noch einmal ausgesprochen findet.

[5] Dass damit noch nicht alle Fälle getroffen sind, in denen es vom

Ausnahme von dem Prinzip des § 323 darstellt, so hat der Unternehmer (als derjenige, zu dessen Gunsten diese Ausnahme gemacht worden ist) den Beweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen vorliegen, unter denen sie Platz greift.

b) Die Gefahrtragung, mit welcher der Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes belastet ist, entscheidet nur über den eventuellen Wegfall des Anspruchs auf die Gegenleistung. Nicht hingegen besagt sie, dass, wenn der vom Besteller gelieferte Arbeitsstoff untergegangen ist, der Unternehmer dem Gläubiger diesen ersetzen müsse. Vielmehr bestimmt § 644 ausdrücklich, dass der Unternehmer für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes nicht verantwortlich ist (Abs. 1 Satz 3).

c) Bisweilen wird die Tragung der Gefahr für den Unternehmer nicht sowohl die Wirkung haben, dass er den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, als dass er sich gegen einmalige Entrichtung des Entgelts der wiederholten Herstellung des Werkes unterziehen muss. Die Frage, ob der Unternehmer verpflichtet bezw. berechtigt ist, da, wo sich die Möglichkeit dazu bietet, an Stelle des untergegangenen Werkes ein anderes, gleichartiges herzustellen, lässt sich nur nach dem konkreten Inhalt des jeweiligen Schuldverhältnisses beantworten[6]. Da sie genau genommen mit der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nichts zu thun hat, so kann ihr auch in diesem Zusammenhang nicht näher getreten werden.

d) Nach Analogie des Kaufes ist auch beim Werkvertrag der Gefahrübergang ausnahmsweise auf einen früheren Zeitpunkt, als den der „Abnahme“ verlegt, wenn der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen

Standpunkt der Billigkeit aus angezeigt erscheint, den Unternehmer für fruchtlos aufgewendete Arbeit zu entschädigen, darüber vgl. oben § 1 unter III insbes. Anm. 44.

[6] Eine die Pflicht wiederholter Herstellung bejahende Auslegungsregel dürfte sich für die Fälle der sogen. locatio-conductio irregularis rechtfertigen lassen, in denen der Besteller dem Unternehmer den Stoff zur Anfertigung des Werkes liefert und dabei mit ihm ausmacht, er, der Unternehmer, möge das Werk aus dem hingegebenen Material oder aus einem anderen von gleicher Art und Güte herstellen. Vgl. auch Mommsen, Beiträge I S. 284.

Ort als dem Erfüllungsort versendet. Alsdann hat nämlich der Besteller die Gefahr von dem Augenblick an zu tragen, in welchem der Unternehmer das hergestellte Werk dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausliefert (§§ 644 Abs. 2, 447 Abs. 1. Beachte auch Abs. 2 des letzteren Paragraphen).

e) Wurde das Werk zwar vor der Abnahme, aber nachdem der Besteller in Annahmeverzug geraten war, von einem Zufall betroffen, so hat die Gefahr desselben der Besteller, nicht der Unternehmer zu tragen. Dieser sich bereits aus § 324 Abs. 2 ergebende Rechtssatz ist vom Gesetzbuch in § 644 Abs. 1 Satz 2 noch einmal ausgesprochen worden.

f) Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die „Abnahme" ausgeschlossen, so tritt an deren Stelle die „Vollendung" des Werkes. Ebensowenig wie zur Abnahme ist zur „Vollendung" eine etwaige Billigung des Bestellers erforderlich. Hingegen ist auch hier daran festzuhalten, dass nur die „vertragsmäßige" Vollendung des Werkes die Gefahr auf den Besteller übergehen lässt[7].

2. Besteht die Unmöglichkeit der Leistung des Unternehmers darin, dass das Werk an einem nicht zu beseitigenden „Mangel" leidet[8], so greifen ähnliche Besonderheiten Platz, wie wir sie oben bei der Darstellung der kaufrechtlichen Mängellehre kennen gelernt haben. Es kann hier also in der Hauptsache auf die Ausführungen in § 13 III unter 1—4 verwiesen werden. Doch bedarf das dort Gesagte für den Werkvertrag einer dreifachen, sich nicht aus der verschiedenen Natur der Schuldverhältnisse

[7] Cosack I S. 529 ist der Meinung, bei nicht abnahmefähigen Werken müsse der Unternehmer dem Besteller von dem Abschluss des Werkes Nachricht geben; erst mit dieser Nachricht könne das Werk als vollendet gelten. Dies sei zwar im Gesetzbuch „nicht bestimmt", erscheine aber „selbstverständlich". Es mag zugegeben werden, dass es ganz angebracht gewesen wäre, wenn das B. G. B. auf diese Weise für eine äußere Verlautbarung des Zeitpunkts der Vollendung gesorgt hätte. Da es dies aber nicht gethan hat, so ist es einigermaßen fraglich, ob man ein solches Erfordernis dem Gesetzbuch, wie es Cosack thut, ohne weiteres aufzwingen darf.

[8] Ueber den Begriff des „Mangels" vgl. das oben in § 13 III am Anfang und unter 5 Gesagte.

von selbst ergebenden, sondern durch positiv-rechtliche Bestimmungen gebotenen, Korrektur:

a) Während der Verkäufer grundsätzlich jeden Mangel der Kaufsache zu vertreten hat, unterscheidet das Gesetzbuch beim Werkvertrag, ob der Mangel des Werkes nach allgemeinen Regeln vom Unternehmer zu vertreten oder nicht zu vertreten ist (arg. § 635).

b) Die Mangelhaftigkeit des Werkes giebt zwar dem Besteller, ebenso wie dem Käufer, in allen Fällen das Recht der Wandelung und Minderung. Während aber dem Käufer wegen eines Mangels der Kaufsache im allgemeinen kein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, ein solcher von ihm vielmehr nur unter den engen Voraussetzungen des § 463 geltend gemacht werden kann, ist dem Besteller bei der Mangelhaftigkeit des Werkes der ihm nach allgemeinen Grundsätzen zustehende Schädenanspruch neben seinem Wandelungs- und Minderungsrecht in vollem Umfang belassen. Er hat ihn also immer, wenn der Mangel des Werkes auf einem Umstand beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat (§ 635)[9].

c) Dem Käufer ist es, wenigstens im Falle des Spezieskaufes, schlechthin versagt, vom Verkäufer die Beseitigung des Mangels der Kaufsache zu verlangen. Beim Werkvertrag hingegen ist der Besteller prinzipiell auf diesen Erfüllungsanspruch verwiesen. Das hat für uns, die wir von der Nicht-Behebbarkeit des Mangels ausgehen, die Bedeutung, dass es für den Besteller, der die aus der Mangelhaftigkeit des Werkes fließenden Rechte auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz geltend macht, nicht genügt, wenn er da, wo es auf Grund des § 363 erforderlich ist, den Mangel des Werkes darthut, sondern er muss überdies noch beweisen, dass die Beseitigung des Mangels unmöglich ist, oder dass sie von dem Unternehmer verweigert wird, oder dass die sofortige

[9] Der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Mangels des Werkes ist ebenso wie der Wandelungs- und Minderungsanspruch der kurzen Verjährungsfrist des § 638 unterworfen. Beachte auch § 639. — Da § 635 in § 640 Abs. 2 nicht mit berufen ist, so geht der Schädenanspruch (anders als beim Kaufe) durch vorbehaltlose Annahme des mangelhaften Werkes nicht verloren.

Geltendmachung der gedachten Ansprüche durch ein besonderes Interesse seinerseits gerechtfertigt ist (§§ 634 Abs. 2, 635). Diesen Beweis kann sich aber der Besteller nach § 634 Abs. 1 dadurch ersparen, dass er dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, dass er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablauf der Frist ablehne[10]. Ist die Frist abgelaufen, dann braucht der Besteller zur Rechtfertigung seines Wandelungs- bezw. Minderungsbegehrens oder seines Anspruchs auf Schadensersatz neben dem etwaigen Mängelbeweis nur noch die Fristsetzung darzuthun. Sache des Unternehmers würde es sein, zu beweisen, dass er den Mangel innerhalb der Frist beseitigt hat, ein Beweis, den er in den hier vorausgesetzten Fällen natürlich nicht zu erbringen vermag[11].

Auch beim Werkvertrag erhebt sich die Frage, ob und inwieweit die in den §§ 633—635 erlassenen Sonderbestimmungen über die Mängelgewähr des Unternehmers noch Raum für ein eventuelles Platzgreifen der allgemeinen Regeln der §§ 323, 325, 326 übrig lassen. Und auch hier ist zu sagen, dass der Besteller nicht im stande ist, neben den ihm verliehenen spezifischen Mängelansprüchen, als da sind: Wandelung, Minderung und Schadensersatz, aus den zuletzt gedachten Paragraphen irgend welche weitergehenden Ansprüche abzuleiten. Die §§ 323, 325 und 326 kommen also, wenn es sich um Mängel des Werkes handelt, überhaupt nicht in Betracht[12]. Hingegen ergiebt sich daraus, dass der Besteller den Erfüllungsanspruch in der Form der Mängelbeseitigungsklage

[10] Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; die Frist muss aber so bemessen werden, dass sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. § 634 Abs. 1 Satz 2. — Wegen der Setzung einer unangemessenen Frist vgl. oben § 7 bei Anm. 50.

[11] Zufolge § 634 Abs. 3 könnte sich der Wandelungsklage des Bestellers gegenüber die Beweisführung des Unternehmers auch darauf beschränken, dass es sich in casu um einen Mangel handelt, welcher den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur „unerheblich mindert“. Gegen die Schädenklage könnte sich der Unternehmer mit dem Beweise helfen, dass der Mangel auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstand beruht.

[12] Insoweit unrichtig Planck-André II S. 372 unter 4 und S. 373 unter 1.

hat, die wichtige Konsequenz, dass dem locator operis, wenn das Werk sich als ein mangelhaftes erweist, die exceptio non adimpleti contractus zusteht[13]. Das ist auch für die uns hier beschäftigenden Fälle, in denen sich der Mangel des Werkes nicht beseitigen lässt, insofern von praktischer Bedeutung, als sich dadurch dem Besteller noch ein Weg mehr aufthut, auf dem er im Falle der Mangelhaftigkeit des Werkes seine Befreiung von der Gegenleistung herbeiführen kann. Denn wird er vom Unternehmer auf Zahlung der letzteren verklagt, so hat die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags die Wirkung, dass er nur zur „Leistung Zug um Zug" verurteilt wird. Da nun der Unternehmer die ihm obliegende Vorleistung (die Beseitigung des Mangels) nicht bewirken kann, so vermag er auch auf Grund des erstrittenen Urteils vom Besteller die vereinbarte Vergütung nicht beizutreiben[14].

3. Gründet sich die Unmöglichkeit der Leistung nicht in einem Mangel des Werkes, so sind die Abänderungen, welche die in den vorigen Kapiteln dargestellten allgemeinen Grundsätze zufolge werkrechtlicher Sonderbestimmungen erleiden, weniger zahlreich. Es ist hier lediglich das dem Gläubiger in § 325 eingeräumte Rücktrittsrecht vom Vertrag, das bei der locatio-conductio operis eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Ausgestaltung erfahren hat. Diese abweichende Regelung des Rücktrittsrechts findet sich in dem den § 325 verdrängenden § 636 normiert und ist folgender Art[15]:

[13] Dem Käufer steht sie, wie noch in Erinnerung sein dürfte, wegen eines Mangels der Sache nur im Falle des Gattungskaufes zu. Vgl. oben § 13 Anm. 45.

[14] Im Falle eines nur geringfügigen Mangels würde die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 Abs. 2 versagen.

[15] In § 636 ist es zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, dass durch ihn das in § 325 normierte Rücktrittsrecht für den Werkvertrag außer Kraft gesetzt wird. Die Voraussetzungen aber, unter denen der § 636 dem Besteller ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag verleiht, sind so weite, dass für das Rücktrittsrecht des § 325 daneben kein Raum mehr übrig bleibt. — Wenn übrigens beim Dienstvertrag gesagt wurde, dass das allgemeine Rücktrittsrecht des § 325 von dem weitergehenden Kündigungsrecht des § 626 absorbiert werde, so darf man daraus beim Werkvertrag nicht den Schluss ziehen, dass hier neben dem scheinbar noch weitergehenden Kündigungsrecht, welches dem Besteller in § 649 Satz 1 eingeräumt ist, ein besonderes Rücktrittsrecht erst recht nicht von Bestand sein könne.

a) Während nach § 325 der Gläubiger nur im Falle einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung vom Vertrag zurücktreten kann, hat der Besteller dieses Recht in jedem Falle, in welchem das Werk „nicht rechtzeitig hergestellt" wird; also auch dann, wenn die Unmöglichkeit der Herstellung auf einem vom Unternehmer nicht zu vertretenden Umstand beruht. Doch greift in letzterem Falle die Vorschrift des § 327 Satz 2 ein, derzufolge der Unternehmer, wenn der Rücktritt wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, in Ansehung der ihm aus § 346 erwachsenden Verpflichtungen nicht nach der strengen Regel des § 347, sondern nach den milderen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haftet (§ 636 Satz 1 a. E.).

b) Der § 325 giebt dem Gläubiger bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag nur dann, wenn die mögliche Teilleistung für ihn kein Interesse hat. Nach § 636 kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten, auch wenn das Werk nur „zum Teil" nicht „rechtzeitig hergestellt" ist. Nur dann würde zufolge § 636 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 634 Abs. 3 das Rücktrittsrecht ausgeschlossen sein, wenn der fehlende Teil nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses als ein „unerheblicher" anzusehen wäre[16].

c) Der Besteller, der nach § 636 vom Werkvertrag zurücktritt, muss beweisen, dass dem Unternehmer die Herstellung des Werkes ganz oder teilweise unmöglich ist (vgl. § 636 in Vbd. mit § 634 Abs. 2). In dieser Beziehung besteht zwischen dem Rücktrittsrecht hier und dem des § 325 kein Unterschied. Da aber das Rücktrittsrecht des § 636 dem Besteller nicht nur für den Fall der Unmöglichkeit der Herstellung, sondern ganz allgemein für den Fall der nicht rechtzeitigen Herstellung verliehen ist, so braucht sich der Besteller,

Denn die Kündigung des § 649 ist eigentümlicher Art. Sie löst nicht, wie dies bei der Miete und beim Dienstvertrag der Fall ist, das Schuldverhältnis für die Zukunft völlig auf, sondern bringt es gewissermaßen nur einseitig zum Wegfall, indem es nur den Kündigungsgegner, nicht den Kündigenden selbst von der vertragsmäßigen Gebundenheit befreit. Neben einem solchen Kündigungsrecht bleibt allerdings noch Platz für ein besonderes Rücktrittsrecht übrig.

[16] Den Beweis der Unerheblichkeit hätte der Unternehmer zu führen.

wenn er nach § 636 vom Vertrag zurücktreten will, auf die Unmöglichkeit der Leistung gar nicht zu berufen, sondern kann sich mit dem Hinweis auf die nicht rechtzeitige Leistung begnügen. Das ist für ihn insofern vorteilhafter, als dann nicht ihm der Beweis der nicht rechtzeitigen Leistung, sondern, wie sich aus § 636 Abs. 2 ergiebt, dem Schuldner der Beweis der Rechtzeitigkeit der Erfüllung obliegt. Nur muss der Besteller, der aus dem gedachten Grunde vom Vertrag zurücktritt, entweder beweisen, dass die sofortige Geltendmachung des Rücktrittsrechts durch ein besonderes Interesse seinerseits gerechtfertigt ist, oder dass der Unternehmer die nachträgliche Herstellung verweigert hat (§§ 636 Abs. 1, 634 Abs. 2). Kann oder will er weder den einen noch den anderen Beweis führen, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als wiederum zu dem bekannten Fristsetzungsmittel zu greifen: dann hat er, wenn er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Rücktritt erklärt, zur Rechtfertigung desselben, wie schon wiederholt betont, weiter nichts als die Thatsache der gesetzten Frist zu beweisen (§§ 636 Abs. 1, 634 Abs. 1).

4. Schließlich ist noch derjenigen Fälle zu gedenken, wo der Unternehmer verspricht, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen[17]. Alsdann hat nämlich der Unternehmer die hergestellte Sache dem Besteller nicht nur zu übergeben, sondern ist, ähnlich wie der Verkäufer, auch zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Auf einen solchen Vertrag finden, wenn es sich um die Herstellung vertretbarer Sachen handelt, lediglich die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Es greifen also neben den in den vorigen Kapiteln dargestellten allgemeinen Grundsätzen die oben in § 13 besprochenen Sonderrechtsregeln Platz. Ist hingegen eine nicht vertretbare Sache herzustellen (sogenannter Werklieferungsvertrag), so kommen von den kaufrechtlichen Sonderbestimmungen die in § 13 unter II aufgeführten Rechtssätze von der Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte zur

[17] Über die juristische Natur dieser Fälle siehe Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem B. G. B. (Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess IV 2) S. 1—34. Vgl. ferner Ehrenberg in Jherings Jahrbüchern Bd. 27 S. 253 ff.

entsprechenden Anwendung; im übrigen modifizieren sich die allgemeinen Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung nach den in diesem Paragraphen unter 1—3 erörterten werkrechtlichen Vorschriften[18]. Das ist in Kürze der Inhalt des § 651, soweit er für unsere Lehre Bedeutung hat.

5. Die Gesellschaft.

§ 17.

Die Beantwortung der Frage, inwieweit bei der Gesellschaft im Falle einer Unmöglichkeit der Leistung die in den vorigen Kapiteln dargestellten allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen, hängt von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. ist. Ein gegenseitiger Vertrag liegt, wie wir oben in § 9 Anm. 1 sahen, dann vor, wenn aus einem kontraktlichen Schuldverhältnis notwendigerweise auf beiden Seiten Rechte und Pflichten erwachsen und zwar Rechte und Pflichten, die in dem Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit stehen: bei denen die Pflicht um des Rechtes willen übernommen wird, die Berechtigung den juristischen Zweck der Verpflichtung bedeutet. Hiernach darf man das aus einem Gesellschaftsvertrag sich ergebende Schuldverhältnis als ein „gegenseitiges“ nicht ansehen. Zwar erzeugt es notwendigerweise auf Seiten sämtlicher Beteiligten sowohl Rechte wie Pflichten, indem jeder Gesellschafter das Recht hat, von dem anderen Gesellschafter zu verlangen, dass er „in der durch den Vertrag bestimmten Weise den Gesellschaftszweck fördere, insbesondere die vereinbarten Beiträge leiste“ (§ 705). Es stehen aber diese Rechte und Pflichten zu einander nicht in dem soeben geschilderten Abhängigkeitsverhältnis. Denn der Beitrag des Gesellschafters B ist nicht der juristische Zweck, um dessentwillen sich der Gesellschafter A zu einem Beitrag verpflichtet.

[18] Hat sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet, so finden ausschließlich die Rechtssätze über den Werkvertrag Anwendung. § 651 Abs. 2.

Der juristische Zweck des Gesellschaftsvertrags ist vielmehr die Erreichung des gemeinsam angestrebten Zieles (§ 705); die einzelnen Beiträge sind nur Mittel zu diesem Zwecke. Allerdings können diese Mittel insofern zu einander in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis stehen, als der Gesellschaftszweck sich vielleicht nur mit Hülfe der Beiträge sämtlicher Gesellschafter verwirklichen lässt, so dass, wenn A den versprochenen Beitrag nicht leistet, dadurch auch der des B wertlos wird. Diese Abhängigkeit wäre aber eine wirtschaftliche, keine juristische; die Beiträge würden deshalb, worauf es allein ankommt, zu einander noch nicht in das Verhältnis finaler Reziprozität treten. Kurz gesagt: es bieten die Beitragspflichten der einzelnen Gesellschafter nicht, wie es beim synallagmatischen Vertrag der Fall ist, das Bild des „do ut des“, des wechselseitigen Austausches dar, sondern sie laufen parallel zu einander demselben Endziele zu.

Nun wäre vielleicht mancher geneigt, zu argumentieren: wenn auch nicht die Beiträge der anderen Gesellschafter die Gegenleistung für den Beitrag des einzelnen Gesellschafters darstellen, so repräsentiert doch der „gemeinsam zu erreichende Zweck“ das Äquivalent für den einzelnen Beitrag, das uns berechtigt, den Gesellschaftsvertrag den „gegenseitigen Verträgen“ und somit den Rechtssätzen der §§ 320 ff. zu unterstellen. Dem ist zunächst zu erwidern, dass der von den Gesellschaftern angestrebte Zweck sehr verschiedenartiger Natur sein kann. Er kann z. B. in der Herbeiführung künstlerischer, ethischer, kultureller, sozialer, also zum Teil ganz unkontrollierbarer Erfolge bestehen. Jedenfalls braucht er durchaus nicht eine „Leistung“ an die einzelnen Gesellschafter zum Inhalt zu haben, und darum kann man schon aus diesem Grunde nicht sagen, dass er eine „Gegenleistung“ für die einzelnen Beiträge sei. Aber auch da, wo, wie bei den auf Erwerb gerichteten Sozietäten, der Gesellschaftszweck thatsächlich darauf hinausläuft, dass den Mitgliedern aus dem Gesellschaftsvermögen Gewinnanteile ausgezahlt werden, lässt sich der contractus societatis nicht als ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des Gesetzbuchs auffassen. Das ergiebt sich aus § 722. Denn hiernach ist, falls nicht etwas Anderes ausgemacht ist, der Anteil am Gewinn grund-

sätzlich unabhängig von der Größe des Beitrags. Er mindert sich also auch nicht, wenn der Gesellschafter den vereinbarten Beitrag nicht im vollen Umfang zu prästieren vermag. Das steht aber im geraden Gegensatz zu dem Prinzip des § 323, wonach der Umfang der Gegenleistung von der vollständigen Bewirkbarkeit der Leistung abhängt.

Schließlich kann man auch nicht die Rechte, die dem Gesellschafter im Falle der Auflösung der Gesellschaft zustehen (Anspruch auf Erstattung der Einlagen bezw. Wertersatz, auf Teilung des Überschusses u. s. w.), als eine „Gegenleistung" für die entrichteten Beiträge ansehen, um aus diesem Gesichtspunkt heraus die synallagmatische Natur des Gesellschaftsvertrags zu begründen. Denn es handelt sich hier nicht um notwendige den übernommenen Pflichten gegenüberstehende Rechte, weil es nicht im Begriff des Gesellschaftsvertrags liegt, dass er wieder aufgelöst wird. Vielmehr gehören die gedachten Ansprüche zu denjenigen, die sich zwar infolge des eingegangenen Gesellschaftsverhältnisses ergeben können, die sich aber keineswegs aus ihm zu ergeben brauchen, ähnlich wie dem Beauftragten aus dem Mandat die actio mandati contraria erwachsen kann, ohne dass deswegen der Auftrag zu einem gegenseitigen Schuldverhältnis würde.

Ist aber der contractus societatis kein „gegenseitiger Vertrag", so können auch die für den letzteren gegebenen Rechtssätze auf ihn keine Anwendung finden. Es greifen also die oben in § 9 entwickelten Regeln der §§ 323 ff. bei der Gesellschaft nicht Platz[1]. Somit kommen für die Sozietät in Ansehung der Un-

[1] In der Litteratur äußerst bestritten! Windscheid II § 405 Anm. 1a meint, es sei kein Grund vorhanden, den Gesellschaftsvertrag aus der Reihe der gegenseitigen Verträge auszuschließen. Mommsen, Beiträge I S. 405 ist der Ansicht, dass die Sozietät mit den übrigen gegenseitigen Obligationen „nur geringe Verwandtschaft" habe. Ähnlich Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen (Eine romanistische Abhandlung, Berlin 1888) S. 113 und die dort in Anm. 1 citierten übrigen gemeinrechtlichen Schriftsteller. Die Motive II S. 598 und 600 überlassen zwar die Beantwortung der Frage der Wissenschaft, verraten aber eine starke Neigung, sich für die synallagmatische Natur des Gesellschaftsvertrags zu erklären. Planck-André II S. 453 ff. halten grundsätzlich an der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. fest, machen dabei aber im einzelnen erhebliche Einschränkungen. Als etwas Selbstverständliches sehen ihre

möglichkeit der Leistung von vornherein nur die übrigen im zweiten und dritten Kapitel dargestellten allgemeinen Grundsätze in Betracht. Diese führen in Verbindung mit den vom Gesetzbuch erlassenen spezifisch gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zu folgenden, hier kurz zusammengefassten, Resultaten:

Anwendbarkeit offenbar an: Matthiaß I S. 553 fg. unter d; Dernburg a. a. O. S. 207 unter II; Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 73 fg.; Mayring, Kommentar S. 70 unter 1. Müller in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 63 S. 409 hält zwar die Gesellschaft für einen gegenseitigen Vertrag, will aber trotzdem die §§ 320 ff. nicht durchgreifen lassen. Hingegen betont Oertmann in seinem Kommentar S. 443 fg. unter 3 ausdrücklich sowohl die gegenseitige Natur des Gesellschaftsvertrags als auch die ziemlich uneingeschränkte Anwendbarkeit der §§ 320 ff. Dabei werden überall die Beiträge der anderen Gesellschafter als die der Leistung des Einzelnen gegenüberstehende Gegenleistung angesehen. — Mit der Fassung des § 705: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes u. s. w. zu fördern“, lässt sich natürlich die synallagmatische Natur des Gesellschaftsvertrags nicht beweisen. — Ebensowenig übrigens wie der Gesellschaftsvertrag, ist der ihm innerlich nahe stehende Trödelvertrag nach meinem Dafürhalten ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. Denn auch bei ihm stehen die Leistungen der Kontrahenten zu einander nicht derart in einem juristischen Zweckverhältnis, dass die Bestimmung der einen sich darin erschöpft, die andere auszulösen; vielmehr werfen auch hier die Parteien die Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zieles: des Verkaufs einer Sache zusammen. Der Trödelvertrag ist im B. G. B. nicht besonders geregelt. Im Hinblick auf die geringe praktische Bedeutung, die ihm zukommt und mit Rücksicht auf die innere Verschiedenartigkeit der Fälle, in denen er auftritt, erschien es nicht angezeigt, ihn im Zusammenhang der Darstellung einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen. Nur soviel mag bezüglich der Gefahrtragung beim Trödelvertrag gesagt sein, dass man an der im gemeinen Recht herrschenden Ansicht, es komme darauf an, ob der Trödler oder der Eigentümer der Sache den Anstoß zum Verkauf gegeben habe (vgl. v. Glum, Über die Gefahr beim Trödelvertrag nach röm. Recht, Berliner Dissert. 1893; Dernburg, Pand. II § 120 Anm. 8; Windscheid II § 383 Anm. 10), für das B. G. B. kaum festhalten kann. Dem Willen der Parteien wird es am meisten entsprechen, wenn man im Zweifel die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der vertrödelten Sache dem Eigentümer aufbürdet. Auf diesem Standpunkt standen auch die Partikularrechte: vgl. § 516 A. L. R. I 11; Österreich. Gesetzb. § 1087 und Sächs. B. G. B. § 1292. Für den wichtigsten Anwendungsfall des Trödelvertrags, für den buchhändlerischen Konditionsvertrag, haben sich jetzt, nachdem auch hier die Gefahrtragung lange Zeit hindurch Gegenstand lebhaften Streites gewesen ist, feste Handelsusancen gebildet, die zum ersten Male in der „Buchhändlerischen Verkehrs-Ordnung“ vom 26. April 1891, neuerdings in der an ihre Stelle getretenen „Buchhändlerischen Verkehrs-Ordnung“ vom 8. Mai 1898 (in Kraft seit dem 1. Juli 1898) fixiert worden sind. Vgl. insbes. die §§ 2, 20, 22 daselbst.

1. Wird einem Gesellschafter die Leistung des geschuldeten Beitrags nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags unmöglich und ist

a) dadurch die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich geworden, so ist gemäß § 726 die Gesellschaft ipso jure aufgelöst, und es hat alsbald die Auseinandersetzung nach den Vorschriften der §§ 730 ff. stattzufinden[2].

b) Ist trotz der auf Seiten des einen Gesellschafters eingetretenen Unmöglichkeit der Beitragsleistung die Erreichung des Gesellschaftszweckes möglich geblieben, war aber der von dem betreffenden Gesellschafter zu leistende Beitrag für den Gesellschaftszweck insofern von „wesentlicher“ Bedeutung, als ohne ihn die Erreichung des Zweckes für die übrigen Gesellschafter bedeutend schwieriger geworden ist, so bedeutet die Unmöglichkeit der Leistung (auch wenn sie auf einem von dem Gesellschafter nicht zu vertretenden Umstand beruht) für die übrigen Gesellschafter einen Grund zu vorzeitiger Kündigung im Sinne des § 723 Abs. 1 Satz 2 und 3[3]. Erfolgt die Kündigung, dann ist die Gesellschaft wiederum aufgelöst. Statt dessen kann aber auch, wenn der Gesellschaftsvertrag eine dahingehende Bestimmung enthält, der betreffende socius, dessen Leistung unmöglich geworden ist, von seinen Mitgesellschaftern aus der Gesellschaft „ausgeschlossen“ werden. Das Ausschließungsrecht steht den letzteren gemeinschaftlich zu. Die Ausschließung selbst ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (§ 737)[4]. Was den Zeitpunkt betrifft, bis zu welchem hier der einzelne Gesellschafter die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des von ihm beizusteuernden Gegenstands zu tragen hat, so liegt er verschieden, je nachdem die zu leistende

[2] Der Rechtssatz des § 726 trägt einen lehrbuchartigen Charakter. An und für sich liegt für die Rechtsordnung kein Grund vor, die Gesellschaft ipso jure endigen zu lassen, sobald „der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist“. Man könnte es in solchem Falle ruhig den Gesellschaftern überlassen, den Gesellschaftsvertrag ihrerseits aufzulösen.

[3] Über das Wesen des Kündigungsrechtes vgl. oben § 14 S. 286.

[4] Bei der offenen Handelsgesellschaft treten an die Stelle der §§ 723, 737 B. G. B. die §§ 133, 140 des H. G. B. — Die Rechtshandlungen der Gesellschafter werden hier durch Richterspruch ersetzt.

Sache in das Eigentum der Gesellschafter übergehen oder ihnen nur zum Gebrauch überlassen werden sollte. Ersterenfalls werden die Vorschriften von der Gefahrtragung beim Kaufe (vgl. oben § 13 unter I) zur entsprechenden Anwendung zu kommen haben[5]. Letzterenfalls hingegen verbleibt die Gefahr der Ausschließung wegen zufälliger Unmöglichkeit der Leistung bei dem einzelnen Gesellschafter, solange die Gesellschaft besteht.

c) Liegen die Voraussetzungen unter a) und b) nicht vor, oder machen wenigstens die Gesellschafter von dem ihnen nach § 723 zustehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch, so hat die nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Beitragsleistung, falls sie auf einem vom Gesellschafter zu vertretenden Umstand beruht[6], lediglich die Wirkung, dass der betreffende socius den übrigen Gesellschaftern nach § 280 B. G. B. schadensersatzpflichtig wird. Es greifen [illegible] n die oben in den §§ 7 und 8 dargestellten Grundsätze [illegible]. Beruht die Unmöglichkeit der Leistung auf einem [illegible] on dem Gesellschafter nicht zu vertretenden Umsta[illegible] wird er nach § 275 von seiner Beitragspflicht frei ([illegible] § 6). Weder ist hier der Gesellschaftsvertrag ips[illegible] fgelöst, noch scheidet der betreffende Gesellschafter [illegible] on aus der Sozietät aus, noch mindert sich, falls [illegible] der lex contractus der Anteil des Einzelnen am Gewinn ausdrücklich von dem Umfang des geleisteten Beitrags abhängig gemacht ist, sein Anspruch auf die Dividende[7], noch können sich zufolge der

[5] Besteht die Beitragspflicht des Gesellschafters in der Herstellung eines Werkes, so würden die in § 16 unter 1 und 4 dargestellten Rechtssätze analog zu verwerten sein.

[6] Wobei daran erinnert werden mag, dass der Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. § 705. Vgl. oben § 5 der Darstellung S. 82.

[7] Arg. § 722 Abs. 1. Das Sächs. B. G. B. hatte in § 1363 ausdrücklich das Gegenteil angeordnet. Das sich vom Boden des B. G. B. aus ergebende Resultat dürfte aber kein unbilliges sein. Denn erstens tritt es nur da ein, wo es sich um die Unmöglichkeit einer „unwesentlichen" Leistung handelt (da andernfalls das oben unter b besprochene Kündigungs- bezw. Ausschließungsrecht Platz greift); und sodann verbleiben ja dem Gesellschafter, wenn er auch die eine ihm obliegende Verbindlichkeit, nämlich

Unmöglichkeit der einen Beitragsleistung die übrigen Gesellschafter unter Berufung auf § 323 ihrer Beitragspflicht entschlagen[8].

2. Ist die Leistung des Beitrags eines einzelnen Gesellschafters von Anfang an, also schon bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags, unmöglich, so fragt es sich wiederum, ob dadurch nicht die Erreichung des Gesellschaftszwecks von vornherein ausgeschlossen ist. Solchenfalls würde der Gesellschaftsvertrag in seiner Totalität nichtig sein, eine Gesellschaft somit überhaupt nicht zur Entstehung gelangen. Es entspricht dies nicht nur dem Prinzip des § 306, sondern auch dem des § 726. Denn wenn eine Gesellschaft endigt, sobald die Erreichung des Zweckes unmöglich wird, so ist es nur folgerichtig, dass sie gar nicht zur Existenz kommt, wenn der Zweck von vornherein unerreichbar ist[9]. Bleibt hingegen trotz der

die Beitragspflicht, nicht erfüllen kann, doch alle sonstigen den socii aus dem Gesellschaftsvertrag erwachsenden Pflichten: er haftet insbes. zu gleichen Teilen, wie die übrigen Gesellschafter, für die gemeinschaftlichen Schulden nach Maßgabe des § 735. Es ist durchaus gerechtfertigt, dass diesem Risiko auch eine Gewinnchance gegenübersteht. — Dass der Gesellschafter nicht verpflichtet ist, an Stelle des durch Zufall untergegangenen Gegenstandes den Wert desselben in das Gesellschaftsvermögen einzuwerfen, folgt aus § 707.

[8] Zu einem anderen Ergebnis müssen natürlich diejenigen Schriftsteller gelangen, die in der Gesellschaft einen gegenseitigen Vertrag und in den Beiträgen der einzelnen Mitglieder sich wechselseitig bedingende Leistungen und Gegenleistungen erblicken. Aber an den Resultaten zeigt es sich, wie unhaltbar dieser Standpunkt ist. Denn er würde notwendigerweise dazu führen, dass, wenn beispielsweise A einen ganz geringwertigen Beitrag, sagen wir in Höhe von 10, zu leisten hätte und ihm die Erfüllung seiner Verpflichtung total unmöglich würde, nunmehr sämtliche Gesellschafter nach § 323 von ihrer Beitragspflicht frei wären. Und hätte A laut Kontrakt seinen Beitrag später als die Anderen zu leisten, so könnten diese, wenn der Eintritt der Unmöglichkeit zu einer Zeit erfolgt, wo die Gesellschaft bereits ins Leben getreten ist und vielleicht schon zu prosperieren angefangen hat, die gezahlten Beiträge auf Grund des § 323 Abs. 3 nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern. Die Folge wäre also, dass die Unmöglichkeit einer einzigen, selbst relativ wertlosen, Leistung in allen Fällen die Erreichung des Gesellschaftszweckes in Frage stellen würde. Das stände aber weder mit der lex lata im Einklang, indem § 723 Satz 2 durch das Betonen der „wesentlichen“ Verpflichtung offenbar von der gegenteiligen Voraussetzung ausgeht, noch dürfte ein solcher Rechtssatz de lege ferenda empfehlenswert erscheinen.

[9] Doch gilt auch von diesem Rechtssatz das oben in Anm. 2 Gesagte.

anfänglichen Unmöglichkeit der einen Beitragsleistung der Gesellschaftszweck erreichbar, so treten die Folgen des § 306 (vgl. oben § 11 unter I und II) zunächst nur in der Person des betreffenden Gesellschafters ein, dessen Leistung unmöglich ist: d. h. der Gesellschaftsvertrag ist zunächst nur mit Rücksicht auf ihn nichtig. Ob von dieser Nichtigkeit auch der Vertrag der übrigen Gesellschafter in Mitleidenschaft gezogen wird, dürfte nach Analogie von § 727 Abs. 1 davon abhängen, ob es sich um eine Gesellschaft handelt, welche nach ihren Satzungen den Tod eines ihrer Mitglieder überdauert, oder um eine solche, bei der das Gegenteil der Fall ist. Bei den Gesellschaften der ersteren Art wird man den Gesellschaftsvertrag unter den übrigen Mitgliedern zu recht bestehen lassen können, die Nichtigkeit also auf den socius beschränken dürfen, dessen Leistung von Anfang an unmöglich ist. Liegt hingegen eine Gesellschaft der zuletzt erwähnten Art vor, so muss allerdings die Nichtigkeit, die sich in der Person des einen Gesellschafters geltend macht, den Vertrag in seiner Totalität ergreifen; d. h. es kann auch hier eine Gesellschaft gar nicht zur Entstehung kommen.

3. Greifen bei der Sozietät im Falle einer Unmöglichkeit der Leistung neben den allgemeinen Grundsätzen und den spezifisch gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, die wir soeben kennen gelernt haben, unter Umständen noch andere, insbesondere noch kaufrechtliche Sondervorschriften Platz? Die Frage betrifft vor allem diejenigen Fälle, in denen die Unmöglichkeit der Beitragsleistung ihren Grund darin hat, dass dem Gesellschafter die erforderlichen rechtlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstand mangeln oder dass die Sache „fehlerhaft“ ist. In der Litteratur wird es gewöhnlich als selbstverständlich angenommen, dass solchenfalls die Rechtssätze von der Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel entsprechende Anwendung zu finden haben[10]. Allein so selbstverständlich ist das keineswegs. Auf die §§ 445 und 493 lässt sich die Heranziehung der gedachten Regeln nicht unmittelbar stützen, weil der Ge-

[10] Vgl. u. a. Motive II S. 600; Planck-André II S. 458 unter 2; Endemann I S. 819 Anm. 3; Matthiaß I S. 553; Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 73; Oertmann, Kommentar S. 445 unter 3.

sellschaftsvertrag nicht als ein entgeltlicher Vertrag im Sinne dieser Paragraphen angesehen werden kann. Dazu kommt, dass der Gesellschafter nur für diligentia quam in suis einzustehen hat. Es dürfte aber kaum angängig sein, die strenge Haftung des Verkäufers ohne weiteres auf einen Schuldner zu übertragen, der nicht einmal für omnis culpa verantwortlich ist. Auf der anderen Seite können wir die kaufrechtlichen Sonderbestimmungen, die in Frage stehen, bei der Gesellschaft auch nicht völlig entbehren. Denn die allgemeinen Grundsätze, die an ihre Stelle treten müssten, würden sich nicht in allen Fällen als ausreichend erweisen. Man wird hier am richtigsten gehen, wenn man von einer Anwendbarkeit der §§ 433 ff. und 459 ff. auf den Gesellschaftsvertrag in dem Sinne spricht, in welchem das Gesetzbuch selbst bei einseitigen und lukrativen Schuldverhältnissen, wie z. B. in den §§ 523, 524 und 1624 Abs. 2, auf diese Vorschriften Bezug nimmt. Mit anderen Worten: man wird sich bei der Übertragung der Regeln von der Sach- und Rechtsmängelhaftung des Verkäufers auf die Sozietät immer vor Augen zu halten haben: erstens, dass es sich bei der Gesellschaft nicht um einen „gegenseitigen Vertrag" und zweitens, dass es sich um ein Schuldverhältnis handelt, bei welchem der Verpflichtete nur eine mindere Art von Sorgfalt zu beobachten braucht[11]. Die Abwandlungen, die sich daraus für jene kaufrechtlichen Sätze ergeben, ins einzelne zu verfolgen, ist an dieser Stelle nicht möglich. Das könnte nur im Zusammenhang einer Gesamtdarstellung der Lehre von der Gesellschaft geschehen. Wir müssen uns damit begnügen, auf die wichtigsten uns berührenden Punkte kurz hinzuweisen:

a) Auch wenn der „Fehler" der Sache, der für den Gesellschafter eine Unmöglichkeit der Leistung begründet, schon beim Abschluss des Kontrakts vorhanden war, ist trotz der hier vorliegenden anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung der Gesell-

[11] Das gilt natürlich nur, soweit es sich um die auf Grund des Gesellschaftsvertrags zu entrichtenden „Beiträge" der einzelnen Mitglieder handelt. Dass ein socius, wenn er mit den übrigen Gesellschaftern ein Kaufgeschäft abschließt, dann auch durchweg nach den Grundsätzen des Kaufes zu haften hat, versteht sich von selbst.

schaftsvertrag in allen seinen Teilen gültig[12]. Es cessieren also insoweit die §§ 306 ff.

b) Das Gleiche gilt, wenn die anfängliche objektive Unmöglichkeit der Beitragsleistung ihren Grund in der Nichtexistenz des Rechtes hat, das Gegenstand der Einwerfung sein soll[13].

c) Hingegen hat der Gesellschafter nicht, wie der Verkäufer, Sach- und Rechtsmängel unbedingt zu vertreten. Vielmehr haftet er für sie nur, wenn er ihr Vorhandensein entweder schuldhaft d. h. hier durch Außerachtlassung der diligentia quam suis verursacht hat, oder wenn er sie zur Zeit der Entstehung des Gesellschaftsvertrags kannte bezw. bei Anwendung dieser Sorgfalt kennen musste.

d) Die Befugnisse, die den Gesellschaftern aus dem Mangel an rechtlichen Beziehungen des socius zum Leistungsgegenstand bezw. aus den Fehlern der von ihm beizutragenden Sache erwachsen, sind lediglich die oben unter 1 b und c erwähnten. Den Gesellschaftern steht also im Falle eines Sachmangels weder die Wandelungs- noch die Minderungsklage zu, die beide einen gegenseitigen Vertrag im technischen Sinne voraussetzen. Dafür haben sie in allen Fällen eines vom Gesellschafter zu vertretenden Sachmangels den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bezw. nicht gehöriger Erfüllung[14]. Dieser ist der kurzen Verjährung des § 477 zu unterwerfen. Der den Gesellschaftern wegen eines vom socius zu vertretenden Rechtsmangels zustehende Schädenanspruch unterliegt, wenn das Objekt des Beitrags eine bewegliche Sache ist, den Besonderheiten der §§ 440 Abs. 2—4, 441 und 442.

4. Bisher ist nur von den Pflichten des socius gegen seine Mitgesellschafter die Rede gewesen. Aus dem Gesellschaftsvertrag können sich aber möglicherweise auch Pflichten der Gesellschafter gegen den einzelnen socius ergeben. Bei diesen Verbindlichkeiten spielt die Unmöglichkeit der Leistung

[12] Vgl. oben § 13 unter III 1. Über den Begriff des Mangels siehe daselbst den Eingang von III und den Schluss unter 5.

[13] Vgl. oben § 4 S. 64/5 und § 13 S. 268.

[14] Für die uns hier nicht interessierenden Fälle des behebbaren Mangels muss ihnen auch die Mängelbeseitigungsklage zugestanden werden.

nur eine untergeordnete Rolle. Denn was den Anspruch des einzelnen Gesellschafters auf Ausantwortung seines Gewinnanteiles und auf Erstattung des Wertes seiner Einlage betrifft (vgl. darüber § 733 Abs. 2), so handelt es sich hier in aller Regel um Geldforderungen, deren Höhe sich von vornherein nach der vorhandenen Möglichkeit der Leistung bemisst. Im übrigen kommen hier die allgemeinen Grundsätze über Gattungsschulden (vgl. oben § 1 S. 14 ff. und § 5 S. 91 ff.) zur Anwendung. Für diejenigen Fälle, wo ein Gesellschafter der Gesellschaft Gegenstände nur zur Benutzung überlassen hat, bestimmt § 732 ausdrücklich, dass er solche zwar in natura zurückzuerhalten hat, dass er aber für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand Ersatz nicht verlangen kann. Tritt in Ansehung der hier gedachten Ansprüche eine Unmöglichkeit der Leistung infolge Verschuldens eines Gesellschafters ein, so erwirbt der socius, dessen Anspruch dadurch vereitelt wird, gegen jenen eine kontraktliche, unter Umständen auch eine außerkontraktliche, Schadensersatzforderung. Belastet ist aber in solchem Falle mit der Ersatzpflicht nicht das Gesellschaftsvermögen, sondern nur derjenige Gesellschafter, der sich der culpa schuldig gemacht hat.

6. Die Auflage.

§ 18.

Bei der Auflage kann man zweifelhaft sein, ob ihre Berücksichtigung im Rahmen dieser Darstellung überhaupt gerechtfertigt ist. Denn es wird durch sie kein echtes Schuldverhältnis im Sinne der §§ 241 ff. des B. G. B. begründet: die Personen, welche die Vollziehung der Auflage zu verlangen befugt sind, sind keine Gläubiger im technischen Sinne[1]. Immerhin erwächst aus der Auflage für den mit ihr Beschwerten zweifellos eine Leistungspflicht. Und da das Gesetzbuch für den Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung

[1] Vgl. unten bei Anm. 14.

dieser Verbindlichkeit besondere Rechtssätze aufgestellt hat, so dürfte es im Interesse der Vollständigkeit unserer Ausführungen liegen, auch die Auflage hinsichtlich der uns hier beschäftigenden Fragen einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

Die Auflage kommt im B. G. B. neben Schenkungen und neben Erbeinsetzungen bezw. Vermächtnissen vor. In dem einen Falle stellt sie sich als Teil eines Schuldvertrages dar; in dem anderen Falle verdankt sie ihre Entstehung in der Regel einem einseitigen Rechtsgeschäft. Die innere Verschiedenheit der beiden Fälle macht ihre getrennte Behandlung wünschenswert. Es wird zunächst von der obligationenrechtlichen, sodann von der erbrechtlichen Auflage die Rede sein.

1. Die Thatsache, dass bei der donatio sub modo die Auflage einen Teil des Schenkungsvertrags bildet, lässt es natürlich erscheinen, dass die Leistung des Schenkers und die aus der Auflage entspringende Leistungspflicht des Beschenkten in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu einander stehen. Deshalb ist aber die Auflage unter einer Schenkung noch kein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. Denn die von dem Beschenkten zu bewirkende Leistung ist juristisch nicht das Entgelt für die Leistung des Schenkers, die Erfüllung der Auflage nicht der eigentliche Zweck der Schenkung. Diese geschieht vielmehr, auch wenn sie unter einer Auflage erfolgt, rechtlich betrachtet „propter nullam aliam causam, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat“ is, qui donum faciat[2]. Daraus ergeben sich wichtige Folgesätze sowohl für den Fall, dass dem Beschenkten die Bewirkung der Auflage, wie für den Fall, dass dem Schenker die Erfüllung des Schenkungsversprechens nicht möglich ist.

a) Würde die Schenkung unter einer Auflage den Rechtsnormen unterstehen, die für die gegenseitigen Verträge gelten, so könnte, wenn die Erfüllung der Auflage bereits zur Zeit des Abschlusses des Schenkungsvertrags, also von Anfang an,

[2] Vgl. auch Regelsberger, Pandekten I § 166 Ziffer 1 und 2. Im einzelnen Falle wird es oft nicht leicht sein, zu entscheiden, ob ein gegenseitiger entgeltlicher Vertrag oder eine Schenkung unter einer Auflage vorliegt. Siehe Stammler a. a. O. S. 86 und Regelsberger a. a. O. § 170 unter I.

unmöglich wäre, nicht nur der Schenker nicht auf Erfüllung der Auflage, sondern auch der Beschwerte nicht auf Erfüllung des Schenkungsversprechens klagen. Denn der Vertrag würde dann bezüglich beider Leistungen nach § 306 nichtig sein, und es könnte keine der an ihm beteiligten Personen Rechte aus ihm ableiten, ebensowenig wie aus einem wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nichtigen Kaufvertrag irgend einer der Kontrahenten einen Erfüllungsanspruch geltend machen kann. Weil aber die Auflage nicht das juristische Äquivalent der Schenkung bedeutet, weil sie nicht zu ihr in der innigen Beziehung von „Leistung" und „Gegenleistung" steht, so ist, wenn die Auflage von vornherein auf etwas Unmögliches gerichtet ist, zunächst nur diese selbst nach § 306 nichtig; der ganze Schenkungsvertrag ist es nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 139 gegeben sind d. h. wenn nicht angenommen werden kann, dass die Parteien den Vertrag auch ohne die Auflage eingegangen sein würden[3]. Trifft diese Annahme nicht zu, so behält der Beschenkte das ihm Zugewendete, ohne seinerseits zu einer Leistung verpflichtet zu sein[4]. Ob und inwieweit bei teilweiser Unmöglichkeit und darum teilweiser Nichtigkeit der Auflage das Schenkungsversprechen gültig ist, hängt wiederum von dem eben erwähnten § 139 ab. Jedenfalls bleibt im Falle der Gültigkeit des Schenkungsversprechens der Beschenkte zur Vollziehung des möglichen Teiles der Auflage verpflichtet.

Ist nicht die Leistung des Beschenkten, sondern die Leistung des Schenkers von Anfang an völlig unmöglich, so ist unter allen Umständen der ganze Schenkungsvertrag einschließlich der Auflage nach § 306 nichtig. Denn es kann wohl die Schenkung ohne die Auflage, niemals aber die Auflage ohne die Schenkung bestehen. Ist die Leistung des Schenkers nur teilweise unmöglich und darum das Schenkungsversprechen

[3] Ebenso Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 534 fg.; Oertmann, Kommentar S. 246 unter 5. — Wusste der Schenker um die Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage, so ist immer anzunehmen, dass er die Schenkung auch ohne die Auflage gemacht haben würde.

[4] Unrichtig in dieser Beziehung Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag (Leipzig 1897) S. 166/7.

nur teilweise ungültig, so ist die Auflage insoweit aufrecht zu erhalten, als zu mutmaßen ist, dass der Beschenkte sich zu ihrer Erfüllung auch ohne den nichtigen Teil des Schenkungsvertrags verpflichtet haben würde. Diese Annahme fällt ohne weiteres weg, wenn der Wert der übrig bleibenden Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht[5].

b) Unterstände die Schenkung unter einer Auflage den Regeln des gegenseitigen Vertrages, so müssten, wenn die Auflage dem Beschwerten nach Abschluss des Schenkungsvertrags unmöglich würde, die oben in § 9 dargestellten Rechtssätze der §§ 323 ff. Platz greifen. Statt dessen kommen hier folgende Grundsätze zur Anwendung:

Tritt die Unmöglichkeit der Vollziehung der Auflage infolge eines von dem Beschenkten nicht zu vertretenden Umstandes ein, so wird er von seiner Leistungspflicht nach § 275 frei. Er behält aber seinen Anspruch aus dem Schenkungsversprechen bezw. braucht die bereits empfangene Schenkung nicht wieder herauszugeben[6].

Ist die Erfüllung der Auflage aber durch einen vom Beschenkten zu vertretenden Umstand unmöglich geworden (liegen die „für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen“ vor, sagt das Gesetzbuch), so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes verlangen, aber nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, und auch dies nur insoweit, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen (§ 527 Abs. 1). Es haftet also der Beschenkte in Ansehung der Rückgewähr des Geschenkes trotz

[5] Arg. § 526. Sollte auch hier das Gegenteil dem Willen der Kontrahenten entsprechen, dann würde nicht mehr eine Schenkung unter einer Auflage, sondern dann würden zwei (von einander unabhängige) Schenkungsverträge vorliegen.

[6] Arg. § 527 Abs. 1. Ebenso schon das gemeine Recht: vgl. Dernburg, Pandekten I § 115 bei Anm. 14. Unrichtig ist es, wenn Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 33 Anm. 2, Matthiaß I S. 476 und Fischer-Henle § 527 Anm. 1 die Befreiung des Beschwerten von der Erfüllung der Auflage nach § 323 eintreten lassen. Denn dann müsste er ja gerade auf Grund des Abs. 3 dieses Paragraphen die erhaltene Schenkung als grundlose Bereicherung zurückgewähren.

schuldhafter Nichterfüllung nicht nach den strengen Grundsätzen des § 347. Er haftet überhaupt nicht, wenn es sich um eine Auflage handelt, die nicht aus den Mitteln der Schenkung zu bewirken war[7]. Ja, jeder Anspruch des Schenkers ist von vornherein ausgeschlossen, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen (§ 527 Abs. 2)[8].

Nach Analogie von § 527 ist der unmittelbar durch ihn nicht getroffene Fall zu entscheiden, dass die Auflage noch vor Erfüllung des Schenkungsversprechens unmöglich wird. Alsdann muss der Schenker, soweit er nach § 527 rückforderungsberechtigt ist, befugt sein, die Bewirkung der aus dem Schenkungsvertrag geschuldeten Leistung zu verweigern[9].

Den Beweis der Unmöglichkeit der Auflage hätte der Schenker zu erbringen, der aus diesem Grunde das Geschenkte ganz oder zum Teil zurückfordert bezw. die Erfüllung des Schenkungsversprechens verweigert[10]. Dass er die Höhe des

[7] Dies wird, und wohl nicht ohne Grund, getadelt von Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 32 fg. Nach dem Wortlaut des § 527 ist der Schenker nicht geschützt in den zahlreichen Fällen, in denen der Inhalt der Auflage mit einer Vermögensaufwendung überhaupt nichts zu schaffen hat. Der Beschenkte kann hier, wenn er will, die Möglichkeit der Vollziehung der Auflage ohne Rechtsnachteil absichtlich vereiteln bezw. ihre Erfüllung absichtlich unterlassen. Aber auch da, wo es sich um eine Vermögenszuwendung handelt, reicht die Fassung des § 527 keineswegs aus. Ihr zufolge würde beispielsweise A, der von B 1000 Mk. geschenkt bekommt mit der Bestimmung, eine ihm, dem A, gehörige Sache dem C zu schenken, letztere vorsätzlich zerstören dürfen, ohne dass dem B die Rückforderungsklage des § 527 zustünde. Crome a. a. O. will gegenüber dem § 527 mit dem eventuell abweichenden Parteiwillen helfen, was freilich vielfach auf die künstliche Unterstellung von Parteiabsichten hinauslaufen wird. Planck-André II § 527 unter 4 meinen, dass unter Umständen die schuldhafte Nichtvollziehung der Auflage zum Widerruf wegen groben Undanks berechtige. Für die Fälle vorsätzlicher Vereitelung der Auflage mag dies eine Möglichkeit sein, über den § 527 hinauszukommen. Bisweilen wird, wie ebenda richtig bemerkt ist, eine von § 527 unabhängige Bereicherungsklage aus dem Gesichtspunkt des § 812 Abs. 1 Satz 2 a. E. gegeben sein.

[8] Was dann der Fall ist, wenn die donatio sub modo einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten im Sinne des § 328 Abs. 1 darstellt. Beachte die Auslegungsregel des § 330 Satz 2.

[9] Er würde der Erfüllungsklage den Einwand der chikanösen Rechtsausübung entgegenstellen können. Nam dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Dieser Satz des Paulus gilt auch vom Boden des B. G. B. aus.

[10] Den Nachweis der Unmöglichkeit der Auflage kann sich der Schenker bei der Rückforderungsklage dadurch ersparen, dass er, indem er sich

Betrages darthun muss, der zur Vollziehung der Auflage zu verwenden gewesen wäre, versteht sich von selbst. Hingegen würde er mit Rücksicht auf § 282 nicht zu beweisen brauchen, dass die Unmöglichkeit der Auflage die Folge eines vom Beschenkten zu vertretenden Umstandes ist.

Liegt bloß eine teilweise vom Beschenkten verschuldete Unmöglichkeit der Auflage vor, so kann der Schenker die ganze für ihre Erfüllung aufzuwendende Summe nur dann zurückfordern bezw. zurückbehalten, wenn die teilweise Bewirkung der Auflage für ihn kein Interesse hat[11].

In § 527 liegt, nach einem nicht von der Hand zu weisenden argumentum e contrario, ausgesprochen, dass der Beschenkte, auch wenn er die Unmöglichkeit der Auflage schuldhafterweise herbeigeführt hat, dem Schenker nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist[12]. Und gerade darin, dass aus der schuldhaften Nichterfüllung der Auflage für die an sich Forderungsberechtigten ein Schädenanspruch nicht entsteht[13], zeigt sich, dass durch die Auflage, wie schon eingangs bemerkt wurde, ein eigentliches Schuldverhältnis im Sinne der §§ 241 ff. nicht begründet wird[14]. —

Die auf Seiten des Schenkers eintretende Unmöglich-

lediglich auf die von ihm nicht zu beweisende Thatsache der Nichterfüllung der Auflage beruft, dem Beschenkten eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung setzt. Dann braucht er, wenn er nach deren Ablauf das Geschenk zurückfordert, wie schon öfters erwähnt, nur die Thatsache der Fristsetzung zu beweisen. Die Zulässigkeit dieses Weges ergiebt sich aus § 527 in Vbd. mit § 326. — Bei dem Verweigerungsrecht versagt dieses Mittel, weil der Schenker vorleistungspflichtig ist.

11 Folgt aus § 527 in Vbd. mit § 325 Abs. 1 Satz 2.

12 Die Ansicht wird offenbar nicht geteilt von Cosack I S. 497 unter f; wohl auch nicht von Schollmeyer, Einzeldarstellung § 3 am Schlusse.

13 Da er für den Schenker nicht erwächst, so hat ihn dort, wo die donatio sub modo die Gestalt eines Vertrags zu Gunsten eines Dritten annimmt, auch der Dritte nicht. Denn dieser erwirbt solchenfalls aus der unter einer Auflage gemachten Schenkung nicht mehr Rechte, als der Schenker selbst hat. Das Gleiche gilt für den Fall des § 525 Abs. 2.

14 Ebenso mit Bezug auf die erbrechtliche Auflage: Strohal, das deutsche Erbrecht (2. Aufl.) S. 21 Anm. 4. — Selbstverständlich ist es, dass, wenn dem Schenker im Falle schuldhafter Nichterfüllung der Auflage jeder Schadensersatzanspruch versagt ist, ihm bei anfänglicher Unmöglichkeit der Auflage auch niemals ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses erwachsen kann.

keit der Leistung (einerlei ob ihr Eintritt mit oder ohne Schuld des Schenkers erfolgt) hat bezüglich der Auflage immer nur die eine Wirkung, dass der mit dem modus Beschwerte die Vollziehung der Auflage unterlassen darf. Denn nach § 525 ist der Beschenkte zu ihrer Erfüllung erst dann verpflichtet, wenn der Schenker „seinerseits geleistet" hat. Daraus folgt, dass, wenn die Leistung des Schenkers teilweise unmöglich wird, der Beschenkte die Erfüllung der ganzen Auflage verweigern kann. Doch wird man, wenn es sich nur um einen verhältnismäßig geringfügigen unmöglich gewordenen Teil handelt, § 320 Abs. 2 analog anzuwenden haben. Hatte der Schenker eine Leistung bewirkt, die nur nach außen hin den Eindruck der Vollständigkeit machte, während sie in Wirklichkeit infolge eines Mangels im Rechte oder zufolge eines Fehlers der Sache eine unvollständige war, so ist der Beschenkte, soweit dadurch der Wert der Zuwendung hinter der Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen zurückbleibt, berechtigt, die Erfüllung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen ist (§ 526 Satz 1)[15]. Hat aber der Beschenkte die Auflage ohne Kenntnis des Mangels vollzogen, so kann er vom Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen (§ 526 Satz 2). Letztere Regel dürfte übrigens nicht auf die Fälle des Sach- oder Rechtsmangels zu beschränken, sondern entsprechend dem in ihr zum Ausdruck gebrachten Prinzip in der Weise zu verallgemeinern sein, dass sie auch die Fälle einschließt, wo sich der Beschenkte verpflichtet hat, die Auflage vor Empfang der Schenkung zu vollziehen, und wo nunmehr nach vollzogener Auflage dem Schenker seine Leistung ganz oder teilweise unmöglich wird.

2. Für die erbrechtlichen Auflagen, mit denen kraft letztwilliger Verfügung des Testators ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer beschwert wird, hat das B. G. B. Rechtssätze

[15] Wegen der Beweislast beachte § 363 und den hier analog anzuwendenden § 442.

erlassen, die im wesentlichen den soeben unter 1) dargestellten analog sind.

a) Ist die Erfüllung der Auflage von Anfang an d. h. hier schon zur Zeit des Erbfalls unmöglich, so ist die Auflage nach § 2192 vbd. mit § 2171 „unwirksam“: der modus gilt als non scriptus, der Erbe bezw. Vermächtnisnehmer erhält die letztwillige Zuwendung unbeschwert. Das Gegenteil gilt nach § 2195 nur dann, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde. Solchenfalls gehen bei Unmöglichkeit der Vollziehung der Auflage die Beschwerten der ihnen ausgesetzten Zuwendung verlustig[16]. Ist die Erfüllung der Auflage nur teilweise unmöglich, so hat der Beschwerte jedenfalls deren möglichen Teil zu bewirken. Ob und inwieweit sich wegen der teilweisen Unmöglichkeit der Auflage die letztwillige Zuwendung mindert, bestimmt sich wiederum nach dem mutmaßlichen Willen des Testators.

b) Wird die Erfüllung der Auflage erst nach dem Erbfall unmöglich, so ist auch hier zu unterscheiden, ob die Unmöglichkeit auf einem vom Beschwerten zu vertretenden Umstand beruht oder nicht. In letzterem Falle wird er von der Pflicht, die Auflage zu vollziehen, frei und lukriert das ihm Vermachte im vollen Umfang; ersterenfalls hat derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten käme, das Recht, die Herausgabe der Zuwendung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit zu fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen (§ 2196 Abs. 1)[17]. Bei teilweiser Unmöglichkeit kann ihm aber, entsprechend den bei der Schenkung unter einer Auflage geltenden Grundsätzen, ein Anspruch auf Rückgewähr der

[16] Das entspricht dem Resultat, das sich bei der Schenkung unter einer Auflage auf Grund des § 139 ergab.

[17] Vgl. § 527 und oben Anm. 7. Der bei der Schenkung unter einer Auflage vorgesehene Wegfall des Rückforderungsrechtes, sobald ein Dritter die Vollziehung der Auflage verlangen kann, kommt bei dem erbrechtlichen modus deshalb nicht in Frage, weil hier „der Dritte“ (d. h. der durch die Auflage Begünstigte) niemals im stande ist, die Vollziehung der Auflage zu fordern. Vgl. § 1940.

ganzen für die Auflage zu verwendenden Summe nur dann eingeräumt werden, wenn die teilweise Vollziehung der Auflage dem Willen des Testators offenbar nicht entspricht. Ein Schadensersatzanspruch wegen der Unmöglichkeit der Erfüllung erwächst auch bei der erbrechtlichen Auflage keiner von den Personen, die an der Vollziehung der Auflage ein Interesse haben. Dass der mit der Auflage Beschwerte, wenn er das ihm letztwillig Vermachte nicht erhält, weil die Bewirkung der Zuwendung unmöglich ist, auch seinerseits nicht zur Erfüllung der Auflage verpflichtet ist, versteht sich nach den Regeln des Erbrechts von selbst[18]. Hat aber solchenfalls der Beschwerte unvorsichtigerweise die Auflage im voraus erfüllt, so steht ihm ein dem § 526 Satz 2 entsprechender Anspruch auf Schadloshaltung nicht zu. Er kann also, wenn er hinterher die ihm gemachte Zuwendung wegen Unmöglichkeit der Leistung nicht oder nicht vollständig erhält, Ersatz der ihm durch die Erfüllung der Auflage verursachten Aufwendungen von der an ihr interessierten Person nur insoweit verlangen, als im einzelnen Falle die Voraussetzungen des von der auftragslosen Geschäftsführung handelnden § 683 gegeben sind.

[18] Beachte auch die §§ 2186 ff.

Anhang.

Die Haftung dritter Personen für die Unmöglichkeit der Leistung.*

Im Vorstehenden ist bei der Besprechung der Rechtswirkungen, welche die Unmöglichkeit der Leistung im Gefolge hat, nur auf die am Schuldverhältnis beteiligten Personen Bezug genommen worden. Zum Schlusse soll anhangsweise noch die Frage gestreift werden, ob die auf Seiten des Schuldners eintretende Unmöglichkeit der Leistung dem Gläubiger nicht unter Umständen auch Rechte gegen dritte Personen verschafft, die, ohne am Schuldverhältnis beteiligt zu sein, die Erfüllung der Obligation durch ihr Verschulden unmöglich machen. Kann der Gläubiger auch gegen solche dritte Personen auf Grund seines Gläubigerrechts vorgehen?[1]

Dass diese Frage nicht bedeutungslos ist, und sich nicht damit erledigen lässt, dass ja dort, wo ein Dritter den Gegenstand des Schuldverhältnisses zu nichte macht, der Gläubiger nach § 281 berechtigt ist, die Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen, den der Schuldner gegen den Dritten erwirbt, liegt auf der Hand. Denn einmal kommt der § 281, wie oben Seite 120 gezeigt worden ist, überhaupt nur für eine bestimmte Gruppe von Schuldverhältnissen, nämlich nur für die Austausch-Obligationen, in Betracht. Sodann ist es denkbar, dass da, wo er an sich Platz greifen würde, doch dem Schuldner gar kein Schadensersatzanspruch gegen den Dritten erwachsen

* Der hier einschlagende, kürzlich erschienene, Aufsatz Oertmanns über den Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten (Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Heinrich Dernburg, S. 61 ff.) ist mir leider erst während des Druckes zugegangen. Er konnte darum im Folgenden nicht mehr berücksichtigt werden. Doch freut sich Verfasser der Übereinstimmung, die im Ergebnis zwischen seinen und Oertmanns Ausführungen besteht.

[1] Dass dem Gläubiger unter Umständen ein Anspruch gegen den Dritten aus dem dinglichen Rechte erwächst, das ihm an der geschuldeten (von ihm vermieteten, verliehenen, hinterlegten) Sache zusteht, ist selbstverständlich und bedarf keiner besonderen Erörterung.

ist, weil der Dritte die Unmöglichkeit der Leistung mit Einwilligung des Schuldners herbeigeführt hat oder, wenn auch das nicht gerade der Fall ist, weil doch auf Seiten des Schuldners ein konkurrierendes Verschulden im Sinne des § 254 vorgelegen hat, welches einen Schädenanspruch gegen den Dritten nicht zur Entstehung kommen ließ. Möglich ist ferner, dass der Schuldner zwar einen Ersatzanspruch gegen den Dritten erworben, dem letzteren die Schuld aber rechtsgültig erlassen hat, so dass eine Forderung, die an den Gläubiger abgetreten werden könnte, gar nicht mehr existiert. Es kann also für den Gläubiger bisweilen von sehr hohem Werte sein, dass er aus eigenem Rechte zu einer Schädenklage gegen den dritten Urheber der Unmöglichkeit der Leistung legitimiert ist.

Ein solcher Schadensersatzanspruch des Gläubigers kann, wenn er überhaupt besteht, natürlich immer nur ein außerkontraktlicher sein. Nun lassen sich zweifellos im positiven Rechte für einzelne bestimmte Fälle Ansprüche des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Leistung nachweisen, die nicht gegen den Schuldner, sondern gegen dritte, am Schuldverhältnis rechtlich nicht beteiligte, Personen gehen. Zunächst liegt ein derartiger Anspruch in § 826 des B. G. B. eingeschlossen. Auf Grund dieses Paragraphen würde jeder, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise die Leistung des Schuldners unmöglich machte in der Absicht, den Gläubiger zu schädigen, letzterem zum Schadensersatz verpflichtet sein[2]. Weiter ist ein Anspruch der gedachten Art in § 845 des Gesetzbuchs statuiert. Kann nämlich jemand von einem Anderen die Leistung von Diensten in seinem Hauswesen oder Gewerbe verlangen und wird die Leistung der Dienste durch die seitens eines Dritten schuldhaft verursachte Tötung oder Verletzung des Dienstpflichtigen (bezw. durch Entziehung von dessen Freiheit) unmöglich, so hat der Dritte den Dienstberechtigten in der in § 843 Abs. 2—4 vorgesehenen Weise schadlos zu halten. Ferner sind nach Art. 95 des Einf.-Gesetzes zum B. G. B. die landesgesetzlichen

[2] Vgl. aus der Litteratur des gemeinen Rechtes: Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (Kiel 1866) S. 70 fg.

Vorschriften in Kraft geblieben über die Schadensersatzpflicht desjenigen, „welcher Gesinde zum widerrechtlichen Verlassen des Dienstes verleitet oder in Kenntnis eines noch bestehenden Gesindeverhältnisses in Dienst nimmt“. Hier ist offenbar wiederum ein Fall gegeben, wo der Gläubiger gegen den Dritten, der die Unmöglichkeit der Erfüllung des Dienstvertrags herbeiführt resp. herbeiführen hilft, aus eigenem Rechte einzuschreiten befugt ist[2a]. Sodann ist nach § 7 des Binnenschiffahrtsgesetzes der Schiffer für jeden Schaden, der durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers entsteht, nicht nur dem Schiffseigner, sondern auch den Ladungsbeteiligten (Absender und Empfänger) bezw. den zu befördernden Personen verantwortlich. Da der Schiffer nicht der Schuldner des Transportvertrags, sondern ein Dritter ist, dessen sich der Schiffseigner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, so liegt auch hier, wenn infolge der Schuld des Schiffers dem Schiffseigner die aus dem Frachtvertrag geschuldete Leistung unmöglich wird, ein Fall vor, wo der Gläubiger eine direkte Klage gegen den am Schuldverhältnis rechtlich nicht beteiligten Dritten bekommt[3]. Endlich ist nach § 45 desselben Gesetzes der Absender, der „unrichtige Angaben über die verladenen Güter macht oder Güter zur Verladung bringt, deren Ausfuhr oder deren Einfuhr in den Ablieferungsort verboten ist, oder welcher bei der Verladung die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die Polizei-, Steuer- oder Zollgesetze übertritt“, sofern ihm dabei ein Verschulden zur Last fällt, nicht bloß dem Frachtführer, sondern auch den übrigen Ladungsbeteiligten für den durch seine Handlungsweise entstandenen Schaden ersatzpflichtig, so dass auch hier der Gläubiger des Frachtvertrags, wenn dem conductor operis die Leistung aus den gedachten Ursachen unmöglich wird, einen Schadensersatzanspruch hat, der sich unmittelbar gegen den dritten Urheber der Unmöglichkeit wendet[4].

[2a] Vgl. auch H. G. B. § 78 Abs. 2 Satz 2 und Reichs-Gewerbeordnung §§ 125, 133 Abs. 2.

[3] Vgl. auch die §§ 511, 512 des H. G. B.

[4] Vgl. auch § 79 Abs. 2 des Binnenschiffahrtsgesetzes und die §§ 563, 702 Abs. 2 des H. G. B. — Nicht um einen außerkontraktlichen Anspruch des

Schon daraus, dass in den gebrachten Beispielen, denen sich aus der Spezialgesetzgebung des Reiches und der Bundesstaaten leicht noch andere beigesellen ließen, die Haftung dritter, am Schuldverhältnis rechtlich nicht beteiligter, Personen vom Gesetz besonders hervorgekehrt worden ist, lässt sich vermuten, dass dem Gläubiger nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gegen den schuldhaften Verletzer seines Forderungsrechts ein Entschädigungsanspruch nicht zusteht. Hat es doch auch von jeher mit als das Kriterium der Unterscheidung von persönlichem Recht und dinglichem Recht gegolten, dass letzteres seinen Träger gegen widerrechtliche Eingriffe dritter Personen unmittelbar schützt, während das obligatorische, das „relative" Recht in der Regel Beziehungen nur zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner schafft und darum für alle übrigen Menschen juristisch nicht in Betracht kommt[5]. Trotzdem geht neuerdings die Meinung zahlreicher Schriftsteller dahin, dass nach B. G. B. die Forderungsrechte ganz allgemein ebenso wie die „absoluten" Rechte gegen schuldhafte Verletzungen durch dritte Personen geschützt seien. Und zwar stützt sich diese Ansicht auf § 823 Abs. 1 des B. G. B., wo ausdrücklich den absoluten Rechtsgütern jedes „sonstige Recht" gleichgestellt sei[6]. Wäre diese Lehre richtig, dann würde

Gläubigers gegen einen Dritten, sondern um die obligatorische Haftung des kontraktlich Verpflichteten handelt es sich in den §§ 432 und 469 des H. G. B., wo von den Rechten des Absenders gegen den Unterfrachtführer die Rede ist. Denn letzterer tritt als Schuldner in den Frachtvertrag ein.

[5] Als Ausnahme galt es im gemeinen Rechte, dass der nur obligatorisch zum Fruchtgenuss Berechtigte gegen denjenigen, der ungetrennte Früchte beschädigte, die aquilische Klage anstrengen durfte. Vgl. l. 27 § 14 D. ad legem Aquiliam 9, 2 und dazu Windscheid II § 455 bei Anm. 17.

[6] Vgl. Cosack I S. 590 und 598 unter II 1; Matthiaß I S. 632; Meisner, Das B. G. B. § 823 Nr. 3; Kuhlenbeck, Das B. G. B. I S. 357; v. Liszt, Deliktsobligationen S. 21. (Beachte aus dem gemeinen Rechte den ähnlichen, aber exzeptionellen Standpunkt, den Dernburg in seinen Pandekten II § 131 Anm. 15 einnimmt.) Die gegenteilige Ansicht vertreten, es wollen also den § 823 nur auf die absoluten Rechte angewendet wissen: Motive II S. 727; Endemann I § 200 Anm. 8; Schollmeyer, Einzeldarstellung S. 109 fg.; Oertmann, Kommentar S. 557; Goldmann-Lilienthal, Das B. G. B. (1. Teil 1. Aufl.) S. 198 Anm. 1; Fischer-Henle § 823 Anm. 7; Neumann, Handausgabe I S. 392 unter V 2; Jung, Delikt und Schadensverursachung (Heidelberg 1897) S. 30; Linckelmann, die Scha-

allerdings jeder Dritte, der die Leistung eines Schuldners vorsätzlich oder fahrlässig unmöglich machte, dem Gläubiger des Schuldverhältnisses auf Schadensersatz haften. Ist diese Auslegung des § 823 aber wirklich haltbar?

Zunächst lässt sie sich jedenfalls nicht damit widerlegen, dass man sagt, ein Dritter sei „gar nicht im stande, das lediglich zwischen Schuldner und Gläubiger bestehende juris vinculum der Obligation zu verletzen"; er könne höchstens, „je nachdem die Person des Gläubigers, des Schuldners oder das geschuldete Objekt beschädigen, aber nie das unkörperliche Band des Schuldverhältnisses, mag es auch durch die Folgen jener Verletzungen, etwa wegen eingetretener Unmöglichkeit der Leistung, beeinträchtigt werden, selbst treffen"[7]. Auf diese Weise würde man zu einer Negation des Begriffs der Rechtsverletzung überhaupt gelangen. Denn auch wenn ich „das Eigentum" eines Anderen „verletze", geschieht das nicht dadurch, dass ich das zwischen ihm und der Sache bestehende „juris vinculum", die abstrakte rechtliche Beziehung, die wir mit dem Namen „Eigentum" zu bezeichnen pflegen, angreife, sondern lediglich dadurch, dass ich die Sache selbst an mich nehme, beschädige oder zerstöre. In dem Gegenstand, an welchem das Recht besteht, verletze ich das Recht selbst. Ebenso kann man auch da, wo jemand ein Forderungsrecht auf eine Sache hat, sagen, dass dieses Forderungsrecht verletzt wird, wenn ein Anderer es dadurch vereitelt, dass er die den Gegenstand der Obligation bildende Sache beschädigt oder vernichtet. Der Begriff der „Verletzung des Forderungsrechtes durch Dritte" ist also an sich keineswegs ein abusiver.

Auch damit lässt sich die Unrichtigkeit obiger Auslegung des § 823 nicht beweisen, dass man sagt: es liegt im Wesen des relativen oder persönlichen Rechtes begründet, dass es von dritten Personen nicht respektiert zu werden braucht m. a. W. dass aus seiner Verletzung Dritten keine rechtlichen Nachteile erwachsen. Es wäre dies eine petitio principii: denn ob nach B. G. B. dem Forderungsrecht diese Charakter-

densersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (Berlin 1898) S. 20 fg. und wohl auch Stammler a. a. O. S. 10 fg.

[7] So Oertmann a. a. O.

eigenschaft grundsätzlich zukommt, das gerade ist ja die Frage. Richtig ist allerdings, dass die bisherigen Rechtsordnungen, wie schon einmal erwähnt wurde, ein bedeutsames Merkmal des obligatorischen Rechtes gerade darin erblickt haben, dass es den allgemeinen Schutz gegen dritte Personen, mit dem die dinglichen Rechte begabt sind, nicht genießt. Der Unterschied von dinglichem und persönlichem Recht erschöpft sich aber nicht in diesem Kriterium. Darum steht prinzipiell nichts im Wege, dass eine Rechtsordnung, falls sie die Forderungsrechte auch nach außen hin für schutzbedürftig hält, an den widerrechtlichen Eingriff in fremde Schuldverhältnisse, ebenso wie an die Beeinträchtigung dinglicher Rechte, die Verpflichtung zum Schadensersatz knüpft. Der Begriff des relativen Rechtes wäre damit an sich noch nicht aufgehoben.

Die Antwort auf die hier zur Besprechung stehende Frage kann also nicht a priori aus dem Wesen des obligatorischen Rechtes abgeleitet, sondern allein der lex lata entnommen werden. Hat nun das B. G. B. wirklich durch die generalis clausula: „sonstiges Recht", deren es sich in § 823 Abs. 1 bedient, die Forderungsrechte in die Reihe der daselbst geschützten Rechtsgüter aufnehmen wollen?

Es dürfte wohl schon die exemplifizierende Aufzählung, in welcher Leben, Gesundheit, Körper, Freiheit, Eigentum und sonstiges Recht nebeneinander auftreten, einen Fingerzeig enthalten, welcher Art die Rechte sind, die das Gesetzbuch in § 823 Abs. 1 gegen dritte Verletzer schützen will: es sind offenbar die sogenannten absoluten, und gerade nicht die relativen Rechte, die gegen den Angriff dritter Personen sicher gestellt werden sollen. Indessen soll auf dieses Argument noch nicht einmal ein besonders hoher Wert gelegt werden. Das Fehlerhafte der hier zu bekämpfenden Auslegung des § 823 ergiebt sich vor allem aus den Konsequenzen, zu denen sie führt, indem diese mit gewissen Grundanschauungen des Gesetzbuchs in offenbarem Widerspruch stehen.

Das zeigt sich besonders deutlich, wenn man die auf Eigentumsverschaffung gerichteten Obligationen ins Auge fasst. Verkauft beispielsweise A eine Sache an B und später an C, und übergiebt er sie dem C zu Besitz und Eigentum, so könnte

nach der hier verworfenen Auslegung des § 823 B, wenn C bei dem Erwerb der Sache um seinen, des B, Kaufanspruch weiß oder bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wissen müsste, nicht nur von seinem Schuldner A, sondern auch von C Schadensersatz verlangen. Denn dieser hat ja dadurch, dass er die Sache an sich genommen und behalten hat, dem A, als dessen Mitthäter (vgl. § 830), die Erfüllung des mit B abgeschlossenen Kaufvertrags unmöglich machen helfen. Nun muss aber nach § 249 der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. C hätte hier also den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Sache nicht in sein Eigentum gebracht, sondern dem Schuldner A belassen worden wäre, so dass sie B dem A hätte abfordern können: d. h. C hätte die Sache einfach dem A zurückzugeben, damit sie sich B bei letzterem abholen könnte. Im praktischen Ergebnis würde hier also auf einem Umweg derselbe Erfolg erreicht, den das preußische Recht mit dem sogenannten jus ad rem anstrebte: das obligatorische Recht des Gläubigers würde in einer Anzahl von Fällen über die Person des Schuldners hinaus den Gegenstand des Schuldverhältnisses unmittelbar ergreifen. Ja, die Fälle, in denen dieser Erfolg einträte, würden nach B. G. B. weit zahlreicher sein, als auf Grund des preußischen jus ad rem. Denn während nach § 5 A. L. R. I, 19 der Gläubiger B die ihm von A geschuldete Sache dem dritten „Besitznehmer“ C nur dann abverlangen konnte, wenn dem letzteren zur Zeit der Besitzergreifung „das auf dieselbe Sache gerichtete Forderungsrecht“ des B „bekannt gewesen ist“, würde nach B. G. B. der Käufer dem Dritten die Sache auf dem geschilderten Umweg dann schon abstreiten können, wenn der Dritte um die actio empti des B hätte wissen müssen. Erwägt man nun, dass das B.G.B. nicht einmal das preußische Institut vom „Recht zur Sache“ wegen der zu weit gehenden Befugnisse, die es dem Gläubiger verleiht, hat aufnehmen wollen[8]; erwägt man ferner, dass sich durch das ganze Gesetzbuch, wie eine Art Leitmotiv hin-

[8] Vgl. Motive II S. 2/3.

durchzieht der mit aller Schärfe ausgebildete Gegensatz von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft, der darin gipfelt, dass nur das erstere den Berechtigten in eine unmittelbare Beziehung zum Objekt des Rechtsgeschäftes setzt, das letztere hingegen regelmäßig nur den Verpflichteten selbst, den Gegenstand der Verpflichtung aber gerade nicht berührt, dann kann man ermessen, wie wenig die soeben herausgestellten Ergebnisse mit dem Gesamtinhalt des Gesetzbuchs im Einklang stehen. Die Auslegung also, nach welcher zu dem „sonstigen Recht" des Abs. 1 des § 823 auch die Forderungsrechte gehören, kann die richtige nimmermehr sein[9].

Erhöht sie aber auf der einen Seite die Machtstellung des Gläubigers in einer mit den Grundanschauungen des Gesetzbuchs nicht vereinbaren Weise, so belastet diese Auslegung auf der anderen Seite das Rechtsleben mit Schadensersatzpflichten, die ebenfalls dem Willen des Gesetzes nicht entsprechen dürften. Zieht man nämlich aus ihr die letzte Konsequenz, so würde beispielsweise der Galan einer Primadonna, der die Dame seines Herzens in einem Anfall von Eifersucht tötete, nicht nur die in § 844 Abs. 2 gedachten Personen zu entschädigen haben, sondern er wäre auch allen Bühnen, von denen ihm bekannt war, dass die Sängerin mit ihnen Gastspielverträge abgeschlossen hatte, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese durch den Tod der Künstlerin erlei-

[9] Interessant ist, dass ihr zufolge der persönlich Berechtigte, der in Ansehung einer Sache nur ein Forderungsrecht hat, sich unter Umständen besser stünde als der dinglich Berechtigte. Ist B Eigentümer einer Sache, die er dem A leiht, und verkauft dieser sie an C, so erwirbt letzterer mit der Übergabe Eigentum, außer wenn ihm das Recht des B an der Sache bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist. Der B bekommt also seine Sache nicht wieder, wenn die Fahrlässigkeit des C nur eine leichte ist. Ist aber B noch nicht Eigentümer der Sache, sondern hat er sie erst von A gekauft, und verkauft sie A hinterher noch an C, so kann B auf Grund der hier bekämpften Auslegung des § 823 in der oben geschilderten Weise die Sache auch dann dem C abjagen, wenn dieser bei ihrem Erwerb das Forderungsrecht des B zufolge leichter Fahrlässigkeit nicht kennt. Es hat fast den Anschein, als wollten diejenigen, welche die hier abgelehnte Auffassung des § 823 vertreten, die Schwächung, die das dingliche Recht im B. G. B. durch Aufnahme des Hand wahre Hand-Prinzips erfahren hat, dadurch wett machen, dass sie das Forderungsrecht mit entsprechend stärkerer Intensität versehen.

den[10]. Und wenn sich hier vielleicht die enorme Schadenshaftung wegen der Schwere des Deliktes vom Standpunkt der Billigkeit aus rechtfertigen lässt, so ist doch zu bedenken, dass eine ähnliche Menge von Ersatzansprüchen unter Umständen schon durch eine fahrlässige Körperverletzung oder durch eine culpose Sachbeschädigung hervorgerufen werden kann, dass also auch der loyalste Staatsbürger ihnen nicht immer aus dem Wege zu gehen vermag. Da die Haftpflicht aus § 823 begründet ist, sobald jemand vorsätzlich oder fahrlässig und ohne ein Recht dazu zu haben, in fremde Rechtsgüter schädigend eingreift, da sie also weder voraussetzt, dass der Verletzer sich über die Person dessen klar ist, den er schädigt, noch dass er den Umfang des Schadens kennt, den er anrichtet, so würde, falls wirklich die Forderungsrechte dem Schutze des § 823 Abs. 1 unterständen, jeder, der schuldhaft einen Menschen verletzt bezw. eine fremde Sache beschädigt, bei der er Ursache hat, obligatorische Berechtigungen Dritter anzunehmen, nicht nur dem unmittelbar Verletzten, sondern auch den Gläubigern schadensersatzpflichtig sein. Wieviel Menschen oder Sachen kann man denn aber verletzen bezw. beschädigen, bei denen man sich als achtsamer Bürger nicht sagen muss, dass in ihnen zugleich obligatorische Rechte dritter Personen getroffen werden? Die Folgen der auf diese Weise ins Ungemessene gesteigerten Schadensersatzpflichten, mit denen der § 823 nach der hier zurückgewiesenen Auslegung das Verkehrsleben bedrücken würde, dürften kaum zu ertragen sein. Und einen Rechtssatz von solcher Tragweite, eine in die von der bisherigen Doktrin festgehaltenen Anschauungen so tief einschneidende Neuerung sollte das B. G. B. so nebenbei im Abs. 1 des § 823, lediglich durch die harmlose Formel: „oder ein sonstiges Recht“ zum Ausdruck gebracht haben?

Das Gesagte dürfte genügen, um die Unhaltbarkeit der Behauptung erkennen zu lassen, das B. G. B. stelle den Gläubiger sicher gegen jede schuldhafte Verletzung seines Forde-

[10] Auch hier ergiebt sich aus der offenbaren Ausnahmenatur des in § 845 aufgestellten Rechtssatzes mit nicht anzuzweifelnder Deutlichkeit, dass sich aus § 823 Abs. 1 Ansprüche der oben gedachten Art nicht ableiten lassen. Vgl. dazu Schollmeyer, Einzeldarstellung a. a. O.

rungsrechtes durch Dritte. Und noch mehr: es dürfte nicht nur gezeigt sein, dass ein die obligatorischen Rechte so allgemein schützender Rechtssatz in der lex lata nicht enthalten ist, sondern auch dargethan sein, dass solch ein weitgehender Schutz de lege ferenda nicht wünschenswert erscheint. Zweifellos giebt es einzelne Fälle, in denen ein praktisches Bedürfnis dafür vorliegt, den Gläubiger mit rechtlicher Macht nicht nur gegen seinen Schuldner, sondern auch gegen dritte am Schuldverhältnis nicht beteiligte Personen auszurüsten. In solchen Fällen hat die Rechtsordnung dieses Bedürfnis natürlich zu befriedigen, und wir haben oben Beispiele kennen gelernt, in denen sie es auch befriedigt hat. Ein allgemeiner Schutz des Gläubigers aber gegen jede schuldhafte Beeinträchtigung seines Forderungsrechtes durch Dritte würde jenem eine Machtstellung verleihen, die weit über die Zwecke hinausreichte, denen die Schuldverhältnisse im Rechtsverkehr dienen. Es liegt in der Natur der Sache begründet, dass jede Stärkung, die das obligatorische Band nach außen hin erfährt, die Forderungsrechte in ihrer Wirkung den dinglichen Rechten näher bringt, somit die Unterscheidung von absolutem und relativem Recht in ihrer Bedeutsamkeit abschwächt. Aber gerade die scharfe Hervorkehrung des Gegensatzes von dinglichem und persönlichem Recht, die sich im Corpus juris civilis findet, ist es zum Teil mit gewesen, die das Gesetzbuch Justinians in den Stand gesetzt hat, das Verkehrsrecht der Welt zu werden. Eine Rechtsordnung, die hier in andere Bahnen einlenken wollte, gäbe darum, nicht zum Vorteil der Verkehrssicherheit, eine der wertvollsten Errungenschaften preis, die wir der Schule des Römischen Rechtes verdanken.

Druck von Breitkopf & Härtel in Leipzig.